



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1993 Vol. 3**

**1<sup>er</sup> cahier, 1993 Vol. 3**

Cited as [1993] 3 S.C.R. 3-154

Renvoi [1993] 3 R.C.S. 3-154

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

### R. v. Creighton..... 3

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — *Mens rea* — Unlawful act manslaughter — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter must be "read up" to require foreseeability of death — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).

Criminal law — Unlawful act manslaughter — *Mens rea* — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

### R. c. Creighton..... 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — *Mens rea* — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law doit-il être considéré comme exigeant la prévisibilité de la mort? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).

Droit criminel — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — *Mens rea* — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

contravenes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).

### **R. v. Finlay** ..... 103

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — *Mens rea* — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition "in a careless manner" — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).

Criminal law — *Mens rea* — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition "in a careless manner" — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).

### **R. v. Gosset** ..... 76

Criminal law — Unlawful act manslaughter — Predicate offence — *Mens rea* — Police officer who shot and killed suspect charged with unlawful act manslaughter — Officer's careless use of firearm contrary to s. 86(2) of Criminal Code constituting predicate offence — Whether trial judge erred in stating proper test for determining carelessness — Whether Court of Appeal correct in overturning acquittal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 86(2), 222(5)(a), 686(4)(b)(i).

### **R. v. Naglik**..... 122

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — *Mens rea* — Failure to provide necessities — Accused convicted of failing to provide necessities of life to infant son — Whether objective standard of conduct applicable — Whether objective standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

Criminal law — Failure to provide necessities — *Mens rea* — Accused convicted of failing to provide necessities of life to infant son — Whether objective standard of conduct applicable — Whether objective standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Jury asking whether they had "to agree on guilty or not guilty" — Trial judge answering that they had to be "unanimous one way or the other" — Whether charge in error.

## SOMMAIRE (Suite)

stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law enfreint-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).

### **R. c. Finlay** ..... 103

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — *Mens rea* — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).

Droit criminel — *Mens rea* — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).

### **R. c. Gosset** ..... 76

Droit criminel — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Infraction sous-jacente — *Mens rea* — Policier ayant tiré sur un suspect et l'ayant tué, accusé d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Utilisation d'une arme à feu d'une manière négligente en contravention de l'art. 86(2) du Code criminel constituant l'infraction sous-jacente — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en établissant le critère applicable pour déterminer ce en quoi consiste la négligence? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler l'acquittement? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2), 222(5)a, 686(4)(b)(i).

### **R. c. Naglik**..... 122

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — *Mens rea* — Manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence — Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence — Convient-il d'appliquer une norme objective de conduite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.

Droit criminel — Manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence — *Mens rea* — Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence — Convient-il d'appliquer une norme objective de conduite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.

*Suite à la page suivante*

## **SOMMAIRE (Fin)**

**Droit criminel — Procès — Directives au jury — Le jury a demandé s'il devait s'entendre «sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité» — Le juge du procès a répondu que les jurés devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre» — Cette directive était-elle erronée?**

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 3, 1993**

**3<sup>e</sup> volume, 1993**



**Marc Creighton** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General of Manitoba and the  
Attorney General for  
Saskatchewan** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. CREIGHTON

File No.: 22593.

1993: February 3; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Unlawful act manslaughter — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter must be “read up” to require foreseeability of death — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).*

*Criminal law — Unlawful act manslaughter — Mens rea — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter contravenes s. 7 of*

**Marc Creighton** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada,  
le procureur général du Québec,  
le procureur général du Manitoba et  
le procureur général de la**

<sup>c</sup> **Saskatchewan** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CREIGHTON

N<sup>o</sup> du greffe: 22593.

<sup>d</sup> 1993: 3 février, 1993: 9 septembre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law doit-il être considéré comme exigeant la prévisibilité de la mort? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).*

*Droit criminel — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Mens rea — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law enfreint-il l'art. 7 de la*

*Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).*

Over an 18-hour period, the accused, a companion of his and the deceased shared a large quantity of alcohol and cocaine at the deceased's apartment. With the deceased's consent, the accused injected a quantity of cocaine into her forearm. She immediately began to convulse violently and appeared to cease breathing. Subsequent expert testimony confirmed that, as a result of the injection, she had experienced a cardiac arrest, and later asphyxiated on the contents of her stomach. Both the accused and his companion attempted unsuccessfully to resuscitate the deceased. The companion indicated he wanted to call for emergency assistance but the accused, by verbal intimidation, convinced him not to. The accused placed the deceased, who was still convulsing, on her bed. He then proceeded to clean the apartment of any possible fingerprints, and the two men then left. The companion returned unaccompanied to the deceased's apartment six to seven hours later and called for emergency assistance. The deceased was thereupon pronounced dead. The accused was charged with manslaughter. Defence counsel conceded at trial that the injection into the deceased's body constituted "trafficking" within the meaning of s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*. The Crown argued that the accused was guilty of manslaughter as the death was the direct consequence of an unlawful act, contrary to s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*. The accused was convicted, and the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine whether the common law definition of unlawful act manslaughter contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

**Held:** The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The test for the *mens rea* of unlawful act manslaughter is objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required. This test does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The *mens rea* requirement of foreseeability of harm is entirely appropriate to the stigma associated with the offence of manslaughter. By the very act of calling the killing manslaughter, the law indicates that the killing is less blameworthy than murder. Nor does the sentence attached to manslaughter require elevation of the degree

*Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).*

Sur une période de 18 heures, l'accusé, un compagnon à lui et la victime ont partagé à l'appartement de cette dernière une grande quantité d'alcool et de cocaïne. Avec le consentement de la victime, l'accusé lui a injecté dans l'avant-bras une certaine quantité de cocaïne. Elle a immédiatement été prise de violentes convulsions et a paru cesser de respirer. Un témoignage d'expert est venu confirmer par la suite que la victime avait subi un arrêt cardiaque provoqué par l'injection et a été asphyxiée par le contenu de son estomac. Les tentatives de l'accusé et de son compagnon de ranimer la victime se sont révélées vaines. Le compagnon a donc exprimé l'intention de demander des secours d'urgence, mais l'accusé, recourant à l'intimidation verbale, l'en a dissuadé. L'accusé a placé la victime, qui avait toujours des convulsions, sur son lit, puis s'est affairé à effacer les empreintes digitales pouvant se trouver dans l'appartement. Les deux hommes ont alors quitté les lieux. Le compagnon y est retourné seul six ou sept heures plus tard et a appelé les secours d'urgence. Arrivés sur les lieux, les secouristes ont constaté la mort de la victime. Une accusation d'homicide involontaire coupable a été portée contre l'accusé. L'avocat de la défense a reconnu au procès que l'injection dans le corps de la victime consistait à «faire le trafic» au sens du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Quant au ministère public, il a fait valoir que l'accusé s'était rendu coupable d'homicide involontaire coupable puisque la mort de la victime résultait directement d'un acte illégal, ce qui constituait une infraction à l'al. 222(5)a) du *Code criminel*. L'accusé a été déclaré coupable, verdict qu'a confirmé la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer si la définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Le critère pour la détermination de la *mens rea* dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal est celui de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de la mort n'est pas nécessaire. Ce critère ne viole pas les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. La prévisibilité d'un préjudice en tant qu'exigence en matière de *mens rea* convient parfaitement aux stigmates rattachés à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Le fait même que l'acte soit qualifié

of *mens rea* for the offence. Finally, the principle that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally is strictly observed in the case of manslaughter. The standard of *mens rea* required for manslaughter is thus appropriately tailored to the seriousness of the offence.

Risk of bodily harm is not appreciably different from risk of death in the context of manslaughter: when the risk of bodily harm is combined with the established rule that a wrongdoer must take his victim as he finds him and the fact that death did in fact occur, the distinction disappears. Further, while the rule that there must be symmetry between the *mens rea* and the prohibited consequences of the offence is a general rule of criminal law, it is not a principle of fundamental justice. Just as it would offend fundamental justice to punish a person who did not intend to kill for murder, so it would equally offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable. Fundamental justice does not require absolute symmetry between moral fault and the prohibited consequences. Consequences, or the absence of consequences, can properly affect the seriousness with which Parliament treats specified conduct. Policy considerations support a test for the *mens rea* of manslaughter based on foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death.

The objective test for criminal fault, which requires a "marked departure" from the standard of the reasonable person, should not be extended to incorporate a standard of care which varies with the background and predisposition of each accused. Considerations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for such offences, subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails. The principle that the criminal law will not convict the morally innocent does not require consideration of personal factors short of incapacity. The criminal law, while requiring mental fault as an element of a conviction, has steadfastly

d'homicide involontaire coupable révèle que, sur le plan juridique, cet homicide est moins répréhensible que le meurtre. D'autre part, la peine sanctionnant l'homicide involontaire coupable ne nécessite pas un degré plus élevé de *mens rea* pour cette infraction. En dernier lieu, le principe selon lequel les personnes qui causent intentionnellement un préjudice méritent une peine plus sévère que les personnes qui le font involontairement est strictement observé dans le cas de l'homicide involontaire coupable. Par conséquent, le degré de *mens rea* requis pour l'homicide involontaire coupable est bien adapté à la gravité de l'infraction.

Le risque de lésions corporelles ne diffère pas sensiblement du risque de mort dans le contexte de l'homicide involontaire coupable: cette distinction s'évanouit lorsque le risque de lésions corporelles est associé à la règle établie selon laquelle l'auteur du méfait doit prendre sa victime comme elle est et au fait que la mort est effectivement survenue. En outre, la règle exigeant qu'il y ait correspondance entre la *mens rea* et les conséquences interdites de l'infraction est une règle générale de droit criminel; elle n'est pas un principe de justice fondamentale. De même que ce serait choquer la justice fondamentale que de frapper de la peine prévue pour le meurtre une personne qui n'a pas eu l'intention de commettre d'homicide, de même, ce serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d'homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n'était pas prévisible. La justice fondamentale n'exige pas la symétrie absolue de la faute morale et des conséquences prohibées. Les conséquences, ou leur absence, peuvent légitimement avoir une incidence sur la gravité que prête le législateur à une conduite déterminée. Des considérations de principe appuient, pour la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable, un critère fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort.

Le critère objectif en matière de faute criminelle, qui nécessite un «écart marqué» par rapport à la norme de la personne raisonnable, ne doit pas être élargi de manière à comprendre une norme de diligence qui varie selon les antécédents et les prédispositions de l'accusé. Des considérations de principe et d'intérêt public commandent le maintien, pour le genre d'infractions dont il est question, d'une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l'incapacité à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question. Le principe selon lequel une personne moralement innocente ne doit pas être reconnue coupable en droit criminel n'oblige pas à tenir compte de facteurs personnels

rejected the idea that a person's personal characteristics can (short of incapacity) excuse the person from meeting the standard of conduct imposed by the law. The fundamental premises upon which the criminal law rests mandate that personal characteristics not directly relevant to an element of the offence serve as excuses only at the point where they establish incapacity, whether the inability to appreciate the nature and quality of one's conduct in the context of intentional crimes, or the incapacity to appreciate the risk involved in one's conduct in the context of crimes of manslaughter or penal negligence.

While the legal duty of the accused is not particularized by his or her personal characteristics short of incapacity, it is particularized in application by the nature of the activity and the circumstances surrounding the accused's failure to take the requisite care. The question is what the reasonably prudent person would have done in all the circumstances. The legal standard of care is always the same—what a reasonable person would have done in all the circumstances. The *de facto* or applied standard of care, however, may vary with the activity in question and the circumstances in the particular case.

In cases of penal negligence, the first question is whether the *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

In this case a reasonable person in all the circumstances would have foreseen the risk of bodily harm. At the very least, a person administering a dangerous drug

qui ne constituent pas une incapacité. En droit criminel, bien que la faute morale soit requise à titre d'élément fondant une déclaration de culpabilité, on a systématiquement rejeté l'idée que les caractéristiques personnelles (autres que l'incapacité) peuvent dispenser d'avoir à satisfaire à la norme de conduite prescrite par la loi. Les prémisses fondamentales sur lesquelles repose le droit criminel commandent que les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l'infraction ne servent d'excuses que si elles établissent l'incapacité, que ce soit l'incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le contexte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale.

Quoique l'obligation légale incombant à l'accusé ne soit pas particularisée par ses caractéristiques personnelles autres que l'incapacité, elle se particularise dans les faits par la nature de l'activité et les circonstances entourant l'omission de l'accusé de faire preuve de la diligence requise. Il faut se demander ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. La norme juridique de diligence reste toujours la même: ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La norme effectivement appliquée peut toutefois varier en fonction de l'activité dont il s'agit et des circonstances de l'espèce.

Dans des affaires de négligence pénale, on doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea* requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu le risque de lésions corporelles. Tout au moins, il incombe à une



like cocaine to another has a duty to inform himself as to the precise risk the injection entails and to refrain from administering it unless reasonably satisfied that there was no risk of harm. As that was not the case here, as the trial judge found, the conviction was properly entered and should not be disturbed.

*Per La Forest J.:* Both at the constitutional level and in the interpretation of offences, the adoption of subjective rather than objective *mens rea* was favoured. The subjective view of *mens rea* underlines that no one will be punished for anything he or she did not intend or at least advert to, and its use supports one's feeling that a morally innocent person will not be punished. The objective view, however qualified, does not fully serve these ends, and loses most of the practical advantages sought to be attained by the objective approach. Objective *mens rea* as to consequence should accordingly not be qualified in the manner proposed by Lamer C.J. The position taken by McLachlin J. would also seem to be favoured by this Court's decision in *R. v. DeSousa*. McLachlin J.'s view that foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death, is sufficient was also preferred.

*Per Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ.:* There is no general constitutional principle requiring subjective foresight for criminal offences. There are, however, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. In analysing social stigma, the court must first look to the conduct being punished to determine if it is of sufficient gravity to import significant moral opprobrium on the individual found guilty of engaging in such conduct. The second branch of the stigma test concerns the moral blameworthiness not of the offence, but of the offender found guilty of committing it. As a general proposition, more stigma will attach to those who knowingly engage in wrongful conduct than to those who recklessly or inadvertently engage in the same conduct.

Unlawful act manslaughter falls into the class of offences where a mental element in relation to the consequence must be established, and the stigma attached to a conviction for culpable homicide is significant enough

personne qui administre à autrui une drogue dangereuse comme la cocaïne de se renseigner sur le risque précis que comporte l'injection et de ne l'administrer que si elle a des motifs raisonnables de croire à l'absence d'un risque de préjudice. Puisque, comme l'a conclu le juge du procès, tel n'a pas été le cas en l'espèce, c'est à bon droit que le verdict de culpabilité a été inscrit et il n'y a pas lieu de le modifier.

*Le juge La Forest:* Autant sur le plan constitutionnel que pour l'interprétation des infractions, l'adoption d'une *mens rea* subjective plutôt qu'objective est préférée. D'après la *mens rea* subjective, nul ne sera puni pour ce qu'il n'entendait pas faire ou, à tout le moins, pour ce qu'il n'a pas prévu. En outre, son utilisation renforce le sentiment que la personne moralement innocente ne sera pas punie. La *mens rea* objective, quelle que soit la nuance qu'on y apporte, ne sert pas pleinement ces fins et perd la plupart des avantages pratiques visés par la *mens rea* objective. Par conséquent, la *mens rea* objective quant aux conséquences ne doit pas être nuancée de la manière proposée par le juge en chef Lamer. La position adoptée par le juge McLachlin semble aussi être appuyée par l'arrêt *R. c. DeSousa* de la Cour. Est également préférée l'opinion du juge McLachlin selon laquelle il suffit qu'il y ait prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort.

*Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major:* Aucun principe constitutionnel général n'exige dans le cas des infractions criminelles une prévision subjective. Il existe toutefois des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou en raison des peines qui peuvent être infligées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. En analysant les stigmates sociaux, la cour doit d'abord examiner la conduite sanctionnée afin de déterminer si elle est suffisamment grave pour attirer une grande réprobation morale sur la personne qui en est reconnue coupable. Dans son second volet, le critère relatif aux stigmates concerne le caractère moralement blâmable rattaché non pas à l'infraction mais bien à la personne reconnue coupable de l'avoir commise. D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment.

L'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal tombe dans la catégorie des infractions pour lesquelles doit être établi un élément moral relativement à la conséquence, et les stigmates rattachés à une déclara-

to require, at a minimum, objective foresight of the risk of death in order for the offence to comply with s. 7 of the *Charter*. Section 222(5)(a) of the *Code* is open to the interpretation that objective foreseeability of death is required by virtue of the section, an interpretation that would render it constitutional. In accordance with the requirements of s. 7 of the *Charter*, the proper interpretation of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* requires the Crown to prove beyond reasonable doubt: (a) that the accused has committed an unlawful act which caused the death of the deceased; (b) that the unlawful act must be one that is objectively dangerous (i.e., in the sense that a reasonable person would realize that it gives rise to a risk of harm); (c) that the fault requirement of the predicate offence, which cannot extend to offences of absolute liability, was in existence and (d) that a reasonable person in the circumstances of the accused would foresee the unlawful act giving rise to a risk of death.

In determining whether a reasonable person in the circumstances of the accused would have foreseen the risk of death arising from the unlawful act, the trier of fact must pay particular attention to any human frailties which might have rendered the accused incapable of having foreseen what the reasonable person would have foreseen. Once the Crown has established beyond a reasonable doubt that this reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct, the focus of the investigation must shift to the question of whether a reasonable person in the position of the accused would have been capable of foreseeing such a risk.

Where the accused is charged with the offence of unlawful act manslaughter, the trier of fact must ask the threshold question of whether a reasonable person in the same circumstances would have been aware that the likely consequences of his or her unlawful conduct would create the risk of death. If the answer is no, then the accused must be acquitted. If the answer is yes, however, the trier must then ask whether the accused was unaware (a) because he or she did not turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, or (b) because he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, due to human frailties. If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability. If the answer is (b), the trier must ask whether in the context of the particular

tion de culpabilité d'homicide coupable sont assez graves pour nécessiter, tout au moins, la prévision objective du risque de mort pour que l'infraction soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 222(5)a du *Code* admet une interprétation selon laquelle il exige la prévisibilité objective de la mort, interprétation qui le rendrait constitutionnel. Si l'on veut respecter les exigences de l'art. 7 de la *Charte*, la bonne interprétation de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal prévue à l'al. 222(5)a du *Code* est celle suivant laquelle le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable: a) que l'accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort de la victime; b) que cet acte illégal est objectivement dangereux (c.-à-d. en ce sens qu'une personne raisonnable comprendrait qu'il présente un risque de préjudice); c) qu'existait l'exigence en matière de faute relative à l'infraction sous-jacente, laquelle ne saurait être une infraction de responsabilité absolue, et d) qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal.

Pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal, le juge des faits doit s'arrêter particulièrement aux faiblesses humaines qui auraient pu mettre l'accusé dans l'incapacité de prévoir ce qu'aurait prévu une personne raisonnable. Du moment que le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, cette personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite, l'examen doit porter principalement sur la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant à la place de l'accusé aurait pu prévoir ce risque.

Si l'infraction reprochée à l'accusé est celle d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le juge des faits doit se poser la question préliminaire de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait été consciente que sa conduite illégale aurait pour conséquence probable de créer le risque de mort. Si la réponse est négative, l'accusé doit être acquitté. Toutefois, si la réponse est affirmative, le juge des faits doit se demander si l'accusé n'en était pas conscient a) soit parce qu'il n'a pas réfléchi aux conséquences de sa conduite ni, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement; b) soit parce que, en raison de faiblesses humaines, il a été incapable de réfléchir aux conséquences de sa conduite et, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement. Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient

offence, the reasonable person with the capacities of the accused would have made him- or herself aware of the likely consequences of the unlawful conduct and the resulting risk of death. In this third and final stage of the inquiry, the accused's behaviour is still measured against the standard of the reasonable person, but the reasonable person is constructed to account for the accused's particular capacities and resulting inability to perceive and address certain risks.

Human frailties encompass personal characteristics habitually affecting an accused's awareness of the circumstances which create risk. Such characteristics must be relevant to the ability to perceive the particular risk. In addition, the relevant characteristics must be traits which the accused cannot control or otherwise manage in the circumstances. Two central criteria are the gravity of the offence and the inherent purposefulness of the conduct involved.

In this case the trial judge concluded that the accused foresaw the risk of death or serious bodily harm in injecting the deceased with cocaine, given the lethal nature of the narcotic in question and the fashion in which it was administered, the familiarity of the accused with the drug and its dangerous properties. The trial judge erred in adopting the standard of objective foreseeability with respect to unlawful act manslaughter contained in an earlier line of cases which referred to "the risk of some harm", but since he found that the accused actually did appreciate the risk of death, it is clear that had he instructed himself properly, he would necessarily have arrived at the same verdict. There is therefore no substantial wrong or miscarriage of justice which would require a new trial.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; **referred to:** *R. v. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Aspinall*

d'une chose constitue une excuse relativement à la responsabilité criminelle. Si la réponse est b), le juge des faits doit alors se demander si, dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait fait en sorte d'être consciente des conséquences probables de sa conduite illégale et du risque de mort qu'elle comportait. À cette troisième et dernière étape de l'examen, le comportement de l'accusé est encore examiné par rapport à la norme de la personne raisonnable, mais cette norme est interprétée de façon à tenir compte des capacités particulières de l'accusé et, partant, de son incapacité à se rendre compte de certains risques et à agir en conséquence.

Les faiblesses humaines englobent des caractéristiques personnelles qui influent habituellement sur la conscience que peut avoir l'accusé des circonstances créant un risque. Ces caractéristiques doivent avoir un lien avec la capacité de percevoir le risque en question. En outre, les caractéristiques pertinentes doivent être de celles que l'accusé ne peut maîtriser d'aucune façon dans les circonstances. Deux critères fondamentaux à retenir sont la gravité de l'infraction et le caractère intentionnel inhérent de la conduite en cause.

En l'espèce, le juge du procès a conclu que l'accusé avait prévu le risque de mort ou de lésions corporelles graves que présentait l'injection de cocaïne à la victime, étant donné la létalité du stupéfiant en question et vu la façon dont il a été administré et la connaissance qu'avait l'accusé de ce stupéfiant et de ses propriétés dangereuses. C'est à tort que le juge du procès a adopté relativement à l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal la norme de la prévisibilité objective énoncée dans la jurisprudence moins récente, où l'on parle du «risque d'un préjudice», mais comme il a conclu que l'accusé se rendait effectivement compte du risque de mort, il est évident que, s'il ne s'était pas trompé, le juge aurait nécessairement rendu le même verdict. Par conséquent, il n'y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

### Jurisprudence

i Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; **arrêts mentionnés:** *R. c. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. c. Aspi-*

(1876), 2 Q.B.D. 48; *R. v. Serné* (1887), 16 Cox 311; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. v. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41; *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; *United States v. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955); *Tucker v. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson v. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge v. State*, 41 Ariz. 48 (1932); *R. v. Thérout*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396; *Dellwo v. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (1961); *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278; *R. v. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62; *R. v. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835.

By La Forest J.

**Considered:** *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *referred to: R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

By Lamer C.J.

**Considered:** *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271; **not followed:** *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; **referred to:** *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

*nall* (1876), 2 Q.B.D. 48; *R. c. Serné* (1887), 16 Cox 311; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. c. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41; *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *R. c. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; *United States c. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955); *Tucker c. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson c. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge c. State*, 41 Ariz. 48 (1932); *R. c. Thérout*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *McErlean c. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396; *Dellwo c. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (1961); *Vaughan c. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278; *R. c. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62; *R. c. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835.

Citée par le juge La Forest

**Arrêt examiné:** *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271; **arrêts non suivis:** *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; **arrêts mentionnés:** *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 222(5)(a), (b),  
 234, 236, 249(3), (4), 255(2), (3), 269, 686(1)(b)(iii).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2, 4.

## Authors Cited

Binchy, William. "The Adult Activities Doctrine in Negligence Law" (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.  
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Briggs, Adrian. "In Defence of Manslaughter", [1983] *Crim. L.R.* 764.  
 Burbidge, G. W. *Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1980.  
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson, 1991.  
 Fletcher, George P. "The Individualization of Excusing Conditions" (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269.  
 Fruchtman, Earl. "Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism" (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421.  
 Hart, H. L. A. "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility". In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.  
 Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.  
 Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881.  
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn: West Publishing, 1986.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
 Martin, G. A. "Case Comment on *R. v. Larkin*" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503.  
 Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime" (1980), 30 *U.T.L.J.* 75.  
 Rauf, M. Naeem. "The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?" (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a),  
 b), 234, 236, 249(3), (4), 255(2), (3), 269,  
 686(1)b)(iii).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2, 4.

## Doctrines citées

Binchy, William. «The Adult Activities Doctrine in Negligence Law» (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.  
 Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, Livre IV. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.  
 Briggs, Adrian. «In Defence of Manslaughter», [1983] *Crim. L.R.* 764.  
 Burbidge, G. W. *Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1980.  
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson, 1991.  
 Fletcher, George P. «The Individualization of Excusing Conditions» (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269.  
 Fruchtman, Earl. «Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism» (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421.  
 Hart, H. L. A. «Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility». In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.  
 Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.  
 Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881.  
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn: West Publishing, 1986.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.  
 Martin, G. A. «Case Comment on *R. v. Larkin*» (1943), 21 *R. du B. can.* 503.  
 Pickard, Toni. «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U.T.L.J.* 75.  
 Rauf, M. Naeem. «The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?» (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 66 C.C.C. (3d) 317, 50 O.A.C. 395, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of manslaughter. Appeal dismissed.

*James C. Fleming and Timothy E. Breen*, for the appellant.

*Jocelyn Van Overbeek*, for the respondent.

*Marian V. Fortune-Stone*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*François Huot and Mario Tremblay*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This case concerns the constitutionality of s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and specifically, whether s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mandates a subjective *mens rea* for the crime of manslaughter.

### I. Facts

The events giving rise to this appeal took place over an 18-hour period beginning on the evening of October 26, 1989. A group including the appellant, Marc Creighton, and the deceased, Ms. Martin, consumed a large quantity of alcohol and cocaine that night. In the afternoon of the following day, the appellant, a companion (Frank Cadedu) and the deceased planned to share a quantity of cocaine at the deceased's apartment. The evidence indicates that all of the parties involved were experienced cocaine users.

The appellant obtained an "eight-ball" (3.5 gr.) of cocaine. He did not seek to determine the qual-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 66 C.C.C. (3d) 317, 50 O.A.C. 395, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Pourvoi rejeté.

*James C. Fleming et Timothy E. Breen*, pour l'appellant.

*Jocelyn Van Overbeek*, pour l'intimée.

*Marian V. Fortune-Stone*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*François Huot et Mario Tremblay*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Est mise en cause en l'espèce la constitutionnalité de l'al. 222(5)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige pour le crime d'homicide involontaire coupable une *mens rea* subjective.

### g I. Les faits

Les événements à l'origine du présent pourvoi se sont produits sur une période de 18 heures commençant le 26 octobre 1989 en soirée. Un groupe, dont faisaient partie l'appellant, Marc Creighton, et la victime, M<sup>me</sup> Martin, ont consommé au cours de la nuit en question une grande quantité d'alcool et de cocaïne. Le lendemain après-midi, l'appellant, un compagnon (Frank Cadedu) et la victime se proposaient de partager à l'appartement de cette dernière une certaine quantité de cocaïne. D'après la preuve, toutes ces personnes avaient de l'expérience dans l'usage de la cocaïne.

L'appellant s'est procuré 3,5 grammes de cocaïne, sans se donner la peine d'en déterminer la

ity or potency of the cocaine before injecting the drug intravenously into himself and Frank Cadedu. With the consent of the deceased, the appellant then injected a quantity of cocaine into the deceased's right forearm. She immediately began to convulse violently and appeared to cease breathing. Subsequent expert testimony confirmed that, as a result of the injection, she had experienced a cardiac arrest, and later asphyxiated on the contents of her stomach.

Both the appellant and Mr. Cadedu attempted unsuccessfully to resuscitate Ms. Martin. Mr. Cadedu indicated he wanted to call for emergency assistance but the appellant, by verbal intimidation, convinced Mr. Cadedu not to call 911. The appellant placed the deceased, who was still convulsing, on her bed. The appellant then proceeded to clean the apartment of any possible fingerprints. The two men then left the apartment. Mr. Cadedu returned unaccompanied to the deceased's apartment six or seven hours later and called for emergency assistance. Ms. Martin was thereupon pronounced dead. The appellant related a substantially different version of the events in question, but this testimony was disbelieved by the trial judge.

The appellant was charged with manslaughter. Defence counsel conceded at trial that the injection into the deceased's body constituted "trafficking" within the meaning of s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. The Crown argued that the appellant was guilty of manslaughter as Ms. Martin's death was the direct consequence of an unlawful act, contrary to s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*.

The appellant was convicted of manslaughter on May 18, 1990, and sentenced to four years' imprisonment. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal, which affirmed the conviction.

qualité ou la puissance avant de se l'injecter par piqûre intraveineuse et de l'injecter de la même façon à Frank Cadedu. Avec le consentement de la victime, l'appelant lui a alors injecté dans l'avant-bras droit une certaine quantité de cocaïne. Elle a immédiatement été prise de violentes convulsions et a paru cesser de respirer. Un témoignage d'expert est venu confirmer par la suite que la victime avait subi un arrêt cardiaque provoqué par l'injection et a été asphyxiée par le contenu de son estomac.

Les tentatives de l'appelant et de M. Cadedu de ranimer M<sup>me</sup> Martin se sont révélées vaines. Monsieur Cadedu a donc exprimé l'intention de demander des secours d'urgence, mais l'appelant, recourant à l'intimidation verbale, l'a convaincu de ne pas composer le 911. L'appelant a placé la victime, qui avait toujours des convulsions, sur son lit, puis s'est affairé à effacer les empreintes digitales pouvant se trouver dans l'appartement. Les deux hommes ont alors quitté les lieux. Monsieur Cadedu y est retourné seul six ou sept heures plus tard et a appelé les secours d'urgence. Arrivés sur les lieux, les secouristes ont constaté la mort de M<sup>me</sup> Martin. L'appelant pour sa part a relaté une version nettement différente des événements en question, mais le juge du procès n'a pas ajouté foi à son témoignage.

Une accusation d'homicide involontaire coupable a été portée contre l'appelant. L'avocat de la défense a reconnu au procès que l'injection dans le corps de la victime consistait à «faire le trafic» au sens du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Quant au ministère public, il a fait valoir que l'appelant s'était rendu coupable d'homicide involontaire coupable puisque la mort de M<sup>me</sup> Martin résultait directement d'un acte illégal, ce qui constituait une infraction à l'al. 222(5)(a) du *Code criminel*.

Déclaré coupable d'homicide involontaire coupable le 18 mai 1990, l'appelant a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé le verdict de culpabilité.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1

2. In this Act,

. . . .

“traffic” means

(a) to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute, or

(b) to offer to do anything referred to in paragraph (a)

otherwise than under the authority of this Act or the regulations.

. . . .

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

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

222. . . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

(b) by means of criminal negligence;

. . . .

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

. . . .

236. Every one who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1

<sup>a</sup>

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

<sup>b</sup>

«faire le trafic» Le fait de fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer un stupéfiant—ou encore de proposer l’une de ces opérations—en dehors du cadre prévu par la présente loi et ses règlements.

<sup>d</sup>

. . . .

<sup>e</sup>

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

(2) La possession de stupéfiant en vue d’en faire le trafic est interdite.

<sup>f</sup>

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) commet un acte criminel et encourt l’emprisonnement à perpétuité.

<sup>g</sup>

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

222. . . .

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu’elle cause la mort d’un être humain:

<sup>h</sup>

a) soit au moyen d’un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

. . . .

<sup>i</sup>

234. L’homicide coupable qui n’est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

. . . .

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d’un acte criminel et passible de l’emprisonnement à perpétuité.



III. Decisions Below*District Court*

Locke Dist. Ct. J. relied on Mr. Caddedu's version of the events surrounding the death of Ms. Martin, despite acknowledging the inherent risk in accepting the testimony of a "confessed drug addict". Locke Dist. Ct. J. characterized the burden of the Crown in order to convict an accused of the offence of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* as the following:

The Crown must prove beyond a reasonable doubt, before manslaughter is proven, that the accused, (1) committed an unlawful act, (2) that the act must be unlawful for a reason other than the negligent manner of its performance, and (3) that the act must be likely to cause harm of more than a trifling nature.

Locke Dist. Ct. J. held that the first two branches of the offence had been established by the Crown; the unlawful act in question was trafficking in a narcotic as set out in s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, and the cause of death was unrelated to any negligence in performing the unlawful act. With respect to the third branch, he stated: "in my respectful view, the 'dangerousness' must be assessed on an objective standard", citing *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18 (C.C.A.); *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.); *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522 (C.A.); *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (Ont. C.A.); and *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (B.C.C.A.), in support of this position. Applying this standard, the trial judge noted the inherent danger of prohibited narcotics such as cocaine and convicted the appellant of unlawful act manslaughter.

Locke Dist. Ct. J. also went on to find the accused guilty of manslaughter by criminal negligence under s. 222(5)(b) of the *Code*. In this regard, he observed that the Supreme Court in *R. v.*

III. Les décisions des juridictions inférieures*La Cour de district*

Quoique reconnaissant le risque inhérent à accepter le témoignage d'un [TRADUCTION] «toxicomane avoué», le juge Locke de la Cour de district a retenu la version donnée par M. Caddedu des événements entourant la mort de M<sup>me</sup> Martin. La charge de la preuve dont doit s'acquitter le ministère public pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, en vertu de l'al. 222(5)a) du *Code*, a été ainsi formulée par le juge Locke:

[TRADUCTION] Pour établir l'homicide involontaire coupable, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable: (1) que l'accusé a commis un acte illégal, (2) que l'illégalité de cet acte tient à autre chose que la négligence dans l'accomplissement de celui-ci, et (3) que l'acte causera vraisemblablement un préjudice qui n'est pas insignifiant.

Le juge Locke a conclu que le ministère public avait satisfait aux deux premières exigences. En effet, il y a eu un acte illégal, à savoir le trafic d'un stupéfiant, visé au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, et la mort ne résultait pas d'une négligence dans l'accomplissement de l'acte illégal. En ce qui concerne la troisième exigence, le juge Locke a dit: [TRADUCTION] «j'estime en toute déférence que la «dangerosité» est à apprécier selon une norme objective». Il a cité à l'appui de ce point de vue la jurisprudence suivante: *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18 (C.C.A.); *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.); *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522 (C.A.); *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (C.A. Ont.), et *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346, (C.A.C.-B.). Appliquant cette norme, le juge du procès a fait remarquer le danger inhérent aux stupéfiants pros crits, tels que la cocaïne, et a reconnu l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

Le juge Locke a en outre déclaré l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle, infraction prévue à l'al. 222(5)b) du *Code*. Il a constaté à ce propos

*Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436, had evenly divided on whether the *mens rea* for criminal negligence is to be determined by an objective or subjective test. Locke Dist. Ct. J. chose to apply the objective test. In convicting the appellant, he concluded that the appellant knew he was injecting into the deceased a “very dangerous, volatile, lawfully prohibited narcotic, capable of causing death or serious bodily harm”.

The appellant was, in the result, found guilty of manslaughter and sentenced to four years’ imprisonment.

*Court of Appeal* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317

Finlayson J.A. (Blair and Krever J.J.A. concurring) found that the only issue relating to the appellant’s appeal from his conviction which needed to be addressed was “whether the offence of unlawful act manslaughter, as interpreted by *R. v. Church* [*supra*], and *R. v. Tennant* [*supra*], is incompatible with s. 7 of the [Charter] as being contrary to the principles of fundamental justice” (p. 318). Finlayson J.A. concluded that this case did not constitute an appropriate vehicle by which to determine the constitutionality of unlawful act manslaughter. This conclusion was based on the trial judge’s finding that the appellant was guilty under both s. 222(5)(a) and (b), and that the appellant’s foreseeability of harm met a standard well above that required by the caselaw. In other words, based on the trial judge’s findings, the appellant would be convicted under either the objective or the subjective test for the *mens rea* component of manslaughter.

Consequently, Finlayson J.A. held it was unnecessary to decide the validity of the unlawful act manslaughter provision under s. 7 of the Charter, though he noted that the standard the trial judge imposed on himself with regard to criminal negli-

que, dans les arrêts *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, la moitié des juges de la Cour suprême qui se sont prononcés ont retenu un critère objectif pour établir la *mens rea* en matière de négligence criminelle, tandis que l’autre moitié a préféré un critère subjectif. Le juge Locke a décidé d’appliquer le critère objectif. Concluant que l’appelant savait qu’il injectait à la victime un [TRADUCTION] «stupéfiant très dangereux, instable, illégal et susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves», le juge Locke a rendu un verdict de culpabilité.

L’appelant a donc été reconnu coupable d’homicide involontaire coupable et condamné à quatre ans de prison.

*La Cour d’appel* (1991), 66 C.C.C. (3d) 317

Le juge Finlayson (avec l’appui des juges Blair et Krever) a conclu que la seule question touchant l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité qui devait être abordée était [TRADUCTION] «celle de savoir si l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, selon l’interprétation donnée dans les décisions *R. c. Church* et *R. c. Tennant*, [précitées], est incompatible avec l’art. 7 de la [Charte] du fait qu’elle va à l’encontre des principes de justice fondamentale» (p. 318). Il a conclu qu’il ne convenait pas dans le cadre de la présente instance de statuer sur la constitutionnalité de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Cette conclusion reposait sur celle du juge du procès selon laquelle l’appelant était coupable en vertu à la fois de l’al. 222(5)a) et de l’al. 222(5)b), et selon laquelle la prévisibilité du préjudice dans le cas de l’appelant dépassait largement l’exigence posée par la jurisprudence. En d’autres termes, vu les conclusions du juge du procès, l’appelant serait reconnu coupable, que le critère retenu pour déterminer l’existence de l’élément moral de l’homicide involontaire coupable, soit objectif ou subjectif.

Par conséquent, le juge Finlayson a estimé qu’il n’était pas nécessaire de se prononcer sur la conformité avec l’art. 7 de la Charte de la disposition relative à l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Il a toutefois indiqué que la

gence “certainly passes scrutiny” (p. 319). The Court of Appeal, thus, dismissed the appeal from conviction, and additionally, declined to interfere with the sentence imposed at trial.

#### IV. Issues

I stated the following constitutional question by an order dated February 11, 1992:

Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

##### A. *Constitutionality of s. 222(5)(a) of the Criminal Code*

Since the decision of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 496, courts have been “empowered, indeed required, to measure the content of legislation” against the principles of fundamental justice contained in s. 7 of the *Charter*, and specifically, to ensure that the morally innocent not be punished. In *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, I emphasized that the guiding principle underlying the constitutional analysis of fault in criminal law is that the state cannot punish a person as morally blameworthy unless such blameworthiness has been established. For example, as I stated in *Vaillancourt*, at p. 653, if the purpose of a crime is to punish a person for theft, the elements of that crime must include proof beyond a reasonable doubt of dishonesty.

In *Vaillancourt*, I emphasized that the hallmark of murder is that there must be some special mental element with respect to death which gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. As I said, at p. 654:

... murder is distinguished from manslaughter only by the mental element with respect to the death. It is thus clear that there must be some special mental element

norme que s’est imposée le juge du procès relativement à la négligence criminelle [TRADUCTION] «résiste certainement à l’examen» (p. 319). La Cour d’appel a en conséquence rejeté l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité et s’est en outre refusée à modifier la peine fixée au procès.

#### IV. La question en litige

Dans une ordonnance du 11 février 1992, j’ai formulé la question constitutionnelle suivante:

La définition en common law de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal enfreint-elle l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

##### A. *La constitutionnalité de l’al. 222(5)a) du Code criminel*

Depuis que notre Cour a statué dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 496, les tribunaux ont «le pouvoir et même le devoir d’apprécier le contenu de la loi» en fonction des principes de justice fondamentale évoqués à l’art. 7 de la *Charte* et, en particulier, de voir à ce que les personnes moralement innocentes n’encourent aucune sanction. Dans l’arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, j’ai souligné que le principe directeur sous-jacent à l’analyse constitutionnelle de la faute en droit criminel veut que l’État ne puisse punir une personne comme étant moralement coupable que si cette culpabilité morale a été établie. Par exemple, j’ai dit dans l’arrêt *Vaillancourt*, à la p. 653, que si, dans le cas du vol, la création de l’infraction vise la punition d’une personne pour vol, l’un des éléments de ce crime doit être la preuve hors de tout doute raisonnable de la malhonnêteté.

Dans l’arrêt *Vaillancourt*, j’ai souligné que le meurtre se caractérise par la nécessité de quelque élément moral spécial concernant la mort, lequel élément engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine liés à une déclaration de culpabilité de cette infraction. J’ai dit, à la p. 654:

... le meurtre ne se distingue de l’homicide involontaire coupable que par l’élément moral concernant la mort. Il est ainsi évident qu’il doit exister quelque élément

with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight. [Emphasis added.]

In *Tutton*, at pp. 1434-35, I expressly left open the question of what the principles of fundamental justice require as regards the fault requirement for manslaughter.

It is now well established that there is a group of offences, albeit a small group, that requires a subjectively determined culpable mental state in relation to the prohibited result. As I said in *Vaillancourt*, *supra*, at p. 653:

But, whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime.

Subsequent decisions of this Court, notably *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, and *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, make it clear that there is no general constitutional principle requiring subjective foresight for criminal offences. In other words, an objective fault requirement is constitutionally sufficient for a broad range of offences other than those falling within the relatively small group of offences alluded to in *Vaillancourt*.

The only basis upon which subjective foresight of death or the risk of death could be found to be constitutionally required in the case of unlawful

moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Tutton*, aux pp. 1434 et 1435, j'ai expressément omis de me prononcer sur la question de ce que requièrent les principes de justice fondamentale en ce qui concerne l'exigence en matière de faute en cas d'homicide involontaire coupable.

Il est maintenant bien établi que certaines catégories d'infractions, peu nombreuses certes, nécessitent à l'égard du résultat pros crit l'existence d'un état mental coupable, à déterminer selon un critère subjectif. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, à la p. 653:

Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.

Il ressort nettement de certains arrêts subséquents de notre Cour et notamment de l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, et de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, qu'aucun principe constitutionnel général n'exige dans le cas des infractions criminelles une prévision subjective. En d'autres termes, du point de vue constitutionnel, une exigence objective en matière de faute suffit pour une large gamme d'infractions autres que celles comprises dans le groupe relativement restreint d'infractions mentionné dans l'arrêt *Vaillancourt*.

Par conséquent, dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, on ne pourrait conclure à une exigence constitutionnelle

act manslaughter, therefore, would be to find that the offence is one of those crimes for which "because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime": see *R. v. Vaillancourt*, per Lamer J., at p. 653.

There are two main branches to the analysis of social stigma. First the court must look to the conduct being punished to determine if it is of sufficient gravity to import significant moral opprobrium on the individual found guilty of engaging in such conduct. In the case of manslaughter under s. 222(5)(a), the conduct in question consists of killing someone as a consequence of committing an unlawful act. In this respect, there may well be no difference between the *actus reus* of manslaughter and that of murder; arguably both give rise to the stigma of being labelled by the state and the community as responsible for the wrongful death of another. Clearly, there can be no conduct in our society more grave than taking the life of another without justification.

The second branch of the stigma test concerns the moral blameworthiness not of the offence, but of the offender found guilty of committing it. As a general proposition, more stigma will attach to those who knowingly engage in wrongful conduct than to those who recklessly or inadvertently engage in the same conduct. As I stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at pp. 645-46:

The rationale underlying the principle that subjective foresight of death is required before a person is labelled and punished as a murderer is linked to the more general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result. . . . The essential

d'une prévision subjective de la mort ou du risque de mort qu'à condition de conclure également que l'infraction est du nombre des crimes pour lesquels, «en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question»: voir *R. c. Vaillancourt*, le juge Lamer, à la p. 653.

L'analyse des stigmates sociaux comporte deux volets principaux. La cour doit d'abord examiner la conduite sanctionnée afin de déterminer si elle est suffisamment grave pour attirer une grande réprobation morale sur la personne qui en est reconnue coupable. Dans le cas de l'homicide involontaire coupable visé à l'al. 222(5)a), la conduite en question consiste à tuer quelqu'un par suite de la perpétration d'un acte illégal. Il se peut bien qu'à cet égard il n'y ait aucune différence entre l'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable et celui du meurtre. On peut prétendre en effet que l'un et l'autre donnent lieu aux stigmates qui découlent du fait de se voir caractériser, par l'État et par la collectivité, comme étant responsable de la mort illicite d'une autre personne. Évidemment, il n'existe pas, dans notre société, de conduite plus grave que celle consistant à ôter la vie à autrui sans justification.

Dans son second volet, le critère relatif aux stigmates concerne le caractère moralement blâmable rattaché non pas à l'infraction mais bien à la personne reconnue coupable de l'avoir commise. D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, aux pp. 645 et 646:

La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relative-

role of requiring subjective foresight of death in the context of murder is to maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender.

In my view, the stigma which attaches to a conviction for unlawful act manslaughter is significant, but does not approach the opprobrium reserved in our society for those who knowingly or intentionally take the life of another. It is for this reason that manslaughter developed as a separate offence from murder at common law.

What then is the constitutionally required fault element with respect to unlawful act manslaughter? In this regard, the recent decision of this Court in *DeSousa* is instructive. At issue in that case was the constitutional sufficiency of the offence of unlawfully causing bodily harm (s. 269 of the *Code*). The unanimous Court (Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.), speaking through Sopinka J., found that a fault requirement based on objective foreseeability of the risk of bodily harm, coupled with the fault requirement of the predicate unlawful act (which itself must be constitutionally sufficient), satisfies the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Sopinka J. for the Court said, at p. 962:

The mental element of s. 269 [*viz.* unlawfully causing bodily harm] has two separate aspects. The first aspect of the mental element is the requirement that an underlying offence with a constitutionally sufficient mental element has been committed. Additionally, s. 269 requires that the prosecution prove that the bodily harm caused by the underlying unlawful act was objectively foreseeable. This latter requirement insures that all prosecutions under s. 269 contain at least a fault requirement based on an objective standard. As this Court has not indicated that fundamental justice requires fault based on a subjective standard for all offences, the mental element required by s. 269 passes constitutional muster

ment à ce résultat [. . .] L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant.

À mon avis, les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, quoique considérables, se situent bien en deçà de l'opprobre que s'attirent dans notre société les gens qui sciemment ou intentionnellement ôtent la vie à une autre personne. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'homicide involontaire coupable a évolué en common law comme infraction distincte du meurtre.

Quel est donc l'élément de faute exigé du point de vue constitutionnel dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal? L'arrêt récent rendu par notre Cour dans l'affaire *DeSousa* est instructif à cet égard. La question en litige dans cette affaire concernait le caractère suffisant sur le plan constitutionnel de l'infraction d'infliction illégale de lésions corporelles (art. 269 du *Code*). La Cour (les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci), se prononçant à l'unanimité par l'intermédiaire du juge Sopinka, a conclu qu'une exigence en matière de faute fondée sur la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, si l'on y ajoute l'exigence en matière de faute à l'égard de l'acte illégal en question (qui doit lui-même satisfaire au critère du caractère suffisant sur le plan constitutionnel), est conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Sopinka a dit, à la p. 962:

L'élément moral exigé par l'art. 269 [c.-à-d. l'infliction illégale de lésions corporelles] présente deux aspects distincts. Le premier est l'exigence qu'une infraction sous-jacente comportant un élément moral suffisant du point de vue constitutionnel ait été commise. Par surcroît, l'art. 269 exige que le poursuivant prouve que les lésions corporelles causées par l'acte illégal sous-jacent étaient objectivement prévisibles. Cette dernière exigence fait en sorte que toutes les poursuites en vertu de l'art. 269 contiennent au moins une exigence en matière de faute fondée sur une norme objective. Puisque notre Cour n'a pas indiqué que la justice fondamentale exige une faute fondée sur une norme

unless s. 269 is one of those few offences which due to its stigma and penalty require fault based on a subjective standard. I agree with the respondent and interveners that s. 269 has neither the stigma nor criminal sanction to require a more demanding mental element than it already has. The criminal sanction is flexible and thus can be tailored to suit the circumstances of the case. The stigma associated with conviction will generally reflect the degree of opprobrium which the underlying offence attracts. The stigma attached to the underlying offence will in turn influence the minimum mental requirement for that offence. [First emphasis added; second emphasis in original.]

With these comments I respectfully agree.

Moreover, in the recent case *R. v. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271, at pp. 281-83, the Ontario Court of Appeal found, in the context of an examination of the offence of aggravated assault (which provides that everyone commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant), that objective foreseeability of wounding, maiming, disfiguring or endangering the life of the complainant was a sufficient fault requirement to satisfy s. 7 of the *Charter*.

In *DeSousa*, while Sopinka J. found the offence of unlawfully causing bodily harm to require proof of objective foresight of the risk of bodily harm, he observed that there is no constitutional requirement that, in every case, it is necessary to prove a mental element extending to the consequences of unlawful conduct. With these comments I agree, for the reasons I shall now elaborate. I am of the view that while there is a general constitutional requirement that a mental element must relate to the consequences of an underlying act where an offence is structured in that fashion, the existence of that mental element may be established in one of two ways. First, for offences where a consequence forms the essence of an offence, such that it can be said that the pith and substance of the offence

subjective dans le cas de toutes les infractions, l'élément moral requis par l'art. 269 satisfait au critère constitutionnel, sauf si cette disposition fait partie de ces rares infractions qui, en raison des stigmates qui s'y rattachent et de la peine dont elles sont assorties, exigent une faute fondée sur une norme subjective. Je partage l'avis de l'intimée et des intervenants selon qui l'art. 269 ne comporte ni les stigmates ni la sanction pénale qui commanderaient un élément moral plus strict que celui qu'il exige déjà. La sanction pénale est souple et peut donc être adaptée aux circonstances de l'espèce. Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité traduiront généralement le degré de réprobation morale qui est associée à l'infraction sous-jacente. Les stigmates rattachés à l'infraction sous-jacente influenceront en retour sur l'élément moral minimal exigé pour cette infraction. [Je souligne la première fois; deuxième soulignement dans l'original.]

Je souscris en toute déférence à ces observations.

En outre, dans l'arrêt récent *R. c. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271, aux pp. 281 à 283, la Cour d'appel de l'Ontario, se penchant sur l'infraction de voies de fait graves (commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger), a conclu que la prévisibilité objective de ces conséquences suffisait comme exigence en matière de faute pour qu'il y ait conformité avec l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *DeSousa*, bien qu'affirmant que l'infraction d'infliction illégale de lésions corporelles nécessite une preuve de la prévision objective du risque de lésions, le juge Sopinka a fait remarquer que la Constitution n'impose pas l'obligation de prouver dans chaque cas l'existence d'un élément moral s'étendant aux conséquences d'une conduite illégale. Pour les raisons que je vais maintenant exposer, je souscris à ces observations. J'estime en effet que si la Constitution exige d'une manière générale que l'élément moral se rapporte aux conséquences de l'acte sous-jacent dans un cas où l'infraction est ainsi structurée, l'existence de cet élément moral peut s'établir de l'une de deux façons. Premièrement, lorsqu'une conséquence constitue l'essence d'une infraction, de sorte qu'on

includes a particular consequence, as is the case with death in the offence of unlawful act manslaughter and with bodily harm in the offence of unlawfully causing bodily harm, a fault element must be demonstrated beyond a reasonable doubt in relation to that consequence. Secondly, for offences where a consequence forms part of the *actus reus* of an offence, but where the essence of the offence is conduct which is inherently risky to life or limb, such offences are therefore presumed to involve objective foresight of the risk. In other words, proof of the accused having engaged in prohibited conduct which is such that any reasonable person would inevitably have foreseen the risk involved will serve as a substitute for objective foresight, relieving the prosecution from having to introduce additional evidence to prove the existence of such foresight. The possibility of satisfying a constitutional requirement by means of such a substituted element was discussed in *Vaillancourt*, *supra*, at p. 656, where I stated the following:

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element.

Examples of the class of offences where a substituted element for proof of foreseeability will satisfy s. 7 of the *Charter* are few, but would include offences such as impaired driving causing bodily harm (s. 255(2)), impaired driving causing death (s. 255(3)), dangerous operation causing bodily harm (s. 249(3)) and dangerous operation causing death (s. 249(4)). What these offences have in common is that the moral blameworthiness of the offence stems from the conduct of driving a car in a fashion which creates a high risk of injury. Whether such an injury leads to bodily harm or death will increase the seriousness of the punishment that will flow from a conviction, but the

puisse dire de celle-ci que, de par son caractère véritable, elle comprend une conséquence particulière, comme la mort dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal et les lésions corporelles dans celui de l'infliction illégale de lésions corporelles, il faut établir un élément de faute hors de tout doute raisonnable relativement à cette conséquence. Deuxièmement, lorsqu'une conséquence fait partie de l'*actus reus* d'une infraction, mais que l'essence de celle-ci est une conduite qui présente intrinsèquement un risque pour la vie ou un risque de blessure, l'infraction est présumée comporter la prévision objective de ce risque. En d'autres termes, une preuve que l'accusé s'est livré à une conduite proscrite dont toute personne raisonnable aurait inévitablement prévu le risque viendra se substituer à la prévision objective, dégageant ainsi la poursuite de l'obligation de produire des éléments de preuve supplémentaires afin d'établir l'existence de cette prévision. La possibilité de satisfaire à une exigence constitutionnelle au moyen d'un tel élément substitué a été traitée dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, à la p. 656, où j'ai dit:

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel.

La catégorie des infractions pour lesquelles un élément substitué à la preuve de la prévisibilité satisfera à l'art. 7 de la *Charte* compte peu d'exemples, mais figureraient parmi ceux-ci des infractions comme la conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite avec facultés affaiblies causant la mort (par. 255(3)), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)) et la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)). Ces infractions ont ceci de commun que la réprobation morale qu'elles engendrent procède du fait de conduire une voiture d'une manière qui crée un risque considérable de blessures. La sévérité de la sanc-



result does not alter the essence of the moral blameworthiness being punished.

Thus, as I stated, unlawful act manslaughter falls into the class of offences where a mental element in relation to the consequence must be established, but in any event, I find the stigma attached to a conviction for culpable homicide, albeit culpable homicide which is not murder, to be significant enough to require, at a minimum, objective foresight of the risk of death in order for the offence to comply with s. 7 of the *Charter*.

Having concluded that s. 7 of the *Charter* requires nothing less than objective foreseeability of the risk of death, it remains to consider whether s. 222(5)(a) is open to an interpretation that would render it constitutional in this regard.

At the outset, it must be acknowledged that there is a considerable body of authority for the view that unlawful act manslaughter, as a matter of statutory interpretation, requires only objective foreseeability of the risk of harm. Many of these authorities are reviewed in the judgment of Sopinka J. for the Court in *DeSousa*. These authorities were there reviewed, however, in connection with the Court's discussion of the definition of the term "unlawful act" in unlawful act manslaughter rather than in the context of ruling on, as a matter of constitutional validity, what must be objectively foreseeable. The Court in *DeSousa*, of course, was not addressing and did not decide the question of the proper interpretation of the fault requirement under s. 222(5)(a).

There is, however, a persuasive argument to be made that, as a matter of statutory interpretation, unlawful act manslaughter requires objective fore-

tion qu'entraînera une déclaration de culpabilité sera plus ou moins grande selon que l'infraction se solde par des lésions corporelles ou par la mort, mais la conséquence ne change aucunement l'essence de la culpabilité morale donnant lieu à la sanction.

Donc, je le répète, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal tombe dans la catégorie des infractions pour lesquelles doit être établi un élément moral relativement à la conséquence. Quoi qu'il en soit, j'estime que les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité d'homicide coupable, même s'il s'agit d'un homicide coupable qui ne constitue pas un meurtre, sont assez graves pour nécessiter, tout au moins, la prévision objective du risque de mort pour que l'infraction soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*.

Ayant conclu que l'art. 7 de la *Charte* n'exige rien de moins que la prévisibilité objective du risque de mort, il reste à examiner si l'al. 222(5)a) admet une interprétation qui lui conférerait un caractère de constitutionnalité à cet égard.

Reconnaissons de prime abord qu'une abondante jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle, du point de vue de l'interprétation des lois, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne nécessite que la prévisibilité objective du risque de préjudice. Bon nombre de ces décisions sont examinées dans les motifs rédigés par le juge Sopinka au nom de la Cour dans l'affaire *DeSousa*. Cet examen s'est fait toutefois dans le cadre de l'analyse par la Cour de la définition du terme «acte illégal» qui constitue un élément de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, plutôt que dans le contexte de la prise d'une décision sur ce qui doit être objectivement prévisible comme condition de la constitutionnalité de cette infraction. Dans l'arrêt *DeSousa*, évidemment, la Cour n'a pas abordé ni n'a tranché la question de la bonne façon d'interpréter l'exigence en matière de faute en ce qui concerne l'al. 222(5)a).

Cependant, on pourrait soutenir persuasivement que, du point de vue de l'interprétation des lois, l'homicide involontaire coupable résultant d'un

seeability of the risk of death. This argument has been set forth with commendable conciseness by the Ontario Court of Appeal in its decision in *R. v. L. (S.R.)*, *supra*. After a careful review of the decision of this Court in *DeSousa*, the Ontario Court of Appeal concluded, at p. 280:

In *DeSousa*, the court required objective foresight of the risk of the harm proscribed by s. 269, that is, the risk of bodily harm. If the parallel between the two sections [i.e. between ss. 269 and 268] is to be complete, s. 268 should require objective foresight of the risk of wounding, maiming, disfiguring or endangering the life of the complainant. This interpretation would not only maintain the parallel between s. 269 and s. 268, but would also provide a symmetry between the result component of the *actus reus* and the fault requirement. This balance is consistent with general criminal law principles of statutory interpretation which relate the fault inquiry to the elements of the *actus reus* provided in the statutory definition of the crime. An interpretation which directs the fault inquiry to the harmful result component of the *actus reus* would also make it easier to explain the essential elements of the offence to the jury. The jury would be told that they must determine whether one of the results enumerated in s. 268 was caused by the assault and whether a reasonable person would inevitably have realized that the assault would subject another to the risk of one of those enumerated results. Both inquiries are keyed to the words of s. 268.

While it is not necessary for me to endorse the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. L. (S.R.)*, given that that case was concerned with the interpretation of the offence of aggravated assault, the logic of *DeSousa* and of *R. v. L. (S.R.)* makes it plain that s. 222(5)(a) of the *Code* is open to the interpretation that objective foreseeability of death is required by virtue of the section. I say this fully recognizing that many decisions, some of which are reviewed in *DeSousa*, have interpreted this section as requiring only objective foresight of the risk of some harm. However, in light of the constitutional imperative, the wording of the section, and the reasoning employed by this Court in *DeSousa* and the Ontario Court of Appeal in *R. v. L. (S.R.)*, I have no hesitation in concluding that

acte illégal requiert la prévisibilité objective du risque de mort. Voilà un argument qu'a avancé avec une concision louable la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, précité. Au terme d'une étude minutieuse de notre arrêt *DeSousa*, la Cour d'appel a conclu, à la p. 280:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *DeSousa*, la cour a posé l'exigence de la prévision objective du risque de lésions visées à l'art. 269, c'est-à-dire le risque de lésions corporelles. Pour que le parallèle entre les deux articles [c.-à-d. entre les art. 269 et 268] soit parfait, il faudrait que l'art. 268 exige la prévision objective du risque de blesser, de mutiler ou de défigurer le plaignant ou de mettre sa vie en danger. Non seulement cette interprétation maintiendrait-elle le parallèle entre les art. 269 et 268, mais elle assurerait aussi la symétrie de l'élément résultat de l'*actus reus* d'une part et de l'exigence en matière de faute d'autre part. Il s'agit là d'un équilibre conforme aux principes généraux de droit criminel qui régissent l'interprétation des lois, lesquels rattachent l'enquête sur la faute aux éléments de l'*actus reus* prévus dans la définition légale du crime. Une interprétation qui oriente l'enquête sur la faute vers l'élément résultat préjudiciable de l'*actus reus* faciliterait en même temps l'explication au jury des éléments essentiels de l'infraction. On dirait aux jurés qu'ils doivent décider si l'un des résultats énumérés à l'art. 268 a été causé par les voies de fait et si une personne raisonnable se serait inévitablement rendu compte que celles-ci exposeraient une autre personne au risque de l'un de ces résultats. Dans les deux cas, l'enquête se fait en fonction du libellé de l'art. 268.

Bien que je n'aie pas en l'espèce à approuver le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, étant donné que celui-ci porte sur l'interprétation de l'infraction de voies de fait graves, il est évident, selon la logique des arrêts *DeSousa* et *R. c. L. (S.R.)*, que l'al. 222(5)a) du *Code* peut s'interpréter comme exigeant la prévisibilité objective de la mort. Cela dit, je reconnais tout à fait que, selon l'interprétation donnée dans bon nombre de décisions, dont quelques-unes sont examinées dans l'arrêt *DeSousa*, cet alinéa ne commande qu'une prévision objective du risque d'un préjudice quelconque. Compte tenu toutefois de l'impératif constitutionnel, du libellé de l'alinéa et du raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *DeSousa* et de la Cour d'appel de l'Ontario dans

the section is open to an interpretation that would render it constitutional.

Therefore, in accordance with the requirements of s. 7 of the *Charter*, the proper interpretation of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* requires the Crown to prove beyond reasonable doubt: (a) that the accused has committed an unlawful act which caused the death of the deceased; (b) that the unlawful act must be one that is objectively dangerous (i.e., in the sense that a reasonable person would realize that it gives rise to a risk of harm); (c) that the fault requirement of the predicate offence, which cannot extend to offences of absolute liability, was in existence and (d) that a reasonable person in the circumstances of the accused would foresee the unlawful act giving rise to a risk of death.

The second element of unlawful act manslaughter involves a determination, as a question of law, of whether the predicate unlawful act is objectively dangerous. The fourth element, however, asks the trier of fact to place the reasonable person in the circumstances of the accused in order to determine whether the risk of death created by the unlawful act was objectively foreseeable by the accused. I shall now turn to elaborating the test to be applied wherever such an objective determination of fault is required in criminal law.

### B. *The Objective Test*

An accused can only be held to the standard of a reasonable person if the accused was capable, in the circumstances of the offence, of attaining that standard. Consequently, in determining whether a reasonable person in the circumstances of the accused would have foreseen the risk of death arising from the unlawful act, the trier of fact must pay particular attention to any human frailties which might have rendered the accused incapable of having foreseen what the reasonable person would have foreseen. If the criminal law were to judge

l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, je conclus sans hésitation que l'alinéa en question peut être interprété d'une façon qui le rendrait constitutionnel.

<sup>a</sup> Par conséquent, si l'on veut respecter les exigences de l'art. 7 de la *Charte*, la bonne interprétation de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal prévue à l'al. 222(5)a) du *Code* est celle suivant laquelle le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable: a) que l'accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort de la victime; b) que cet acte illégal est objectivement dangereux (c.-à-d. en ce sens qu'une personne raisonnable comprendrait qu'il présente un risque de préjudice); c) qu'existait l'exigence en matière de faute relative à l'infraction sous-jacente, laquelle ne saurait être une infraction de responsabilité absolue, et <sup>d</sup> d) qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal.

<sup>e</sup> Le deuxième élément de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal nécessite qu'on décide si, comme question de droit, l'acte illégal sous-jacent présente objectivement un danger. En ce qui concerne le quatrième élément, toutefois, le juge des faits doit mettre la personne raisonnable dans la même situation que l'accusé afin de décider si ce dernier pouvait objectivement prévoir le risque de mort que comportait l'acte illégal. Je passe donc maintenant à un énoncé détaillé du critère à appliquer dans chaque cas où s'impose en droit criminel une telle détermination objective de la faute.

### B. *Le critère objectif*

<sup>h</sup> Un accusé ne peut être soumis à la norme de la personne raisonnable que si, dans les circonstances de l'infraction, il était en mesure de satisfaire à cette norme. Par conséquent, pour déterminer si <sup>i</sup> une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal, le juge des faits doit s'arrêter particulièrement aux faiblesses humaines qui auraient pu mettre l'accusé dans l'incapacité de prévoir ce qu'aurait prévu une personne raisonnable. Si le droit criminel exigeait que <sup>j</sup>

every accused by the inflexible standard of the monolithic "reasonable person", even where the accused could not possibly have attained that standard, the result, as Stuart notes, would be "absolute responsibility" for such persons: *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at p. 192. H. L. A. Hart advanced a similar argument in "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility" in *Punishment and Responsibility* (1968), at p. 154:

If our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e. if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard.

This principle of culpability was elaborated further by E. Fruchtmann, "Recklessness and the Limits of *Mens Rea*: Beyond Orthodox Subjectivism" (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421, at p. 446:

It is essential, if criminal responsibility is to rest on fault, that the culpability of the accused's inadvertence does not depend entirely upon what a reasonable person would be expected to foresee in the circumstances. The accused must have the capacities and the abilities that are necessary to enable him to foresee what a reasonable person would foresee. Although the jury may presume the accused's capacities and abilities as an evidentiary matter, the burden of proof lies on the prosecution and the accused will always be entitled to attempt to persuade the jury otherwise.

The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that a reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct. As I explain in more detail in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released this same day, the reasonable person will be invested with any enhanced foresight the accused may have enjoyed by virtue of his or her membership in a group with special experience or knowledge related to the conduct giving rise to the offence. For example, in *Gosset* the accused police officer's experience and training in the handling of firearms is relevant to the standard of care under s. 86(2) of the *Criminal Code* concerning the care-

tous les accusés se fassent juger selon la norme rigide de la «personne raisonnable» monolithique, même dans les cas où l'accusé était dans l'impossibilité de respecter cette norme, cela entraînerait pour eux, comme le fait remarquer Stuart, une «responsabilité absolue»: *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> éd. 1987), à la p. 192. H. L. A. Hart avance un argument semblable dans «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility», paru dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 154:

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité restent figées et inflexibles, c.-à-d. si elle ne sont pas adaptées aux capacités de l'accusé, alors certaines personnes se verront jugées responsables pour cause de négligence, même si elles n'auraient pu s'empêcher de ne pas observer la norme.

Ce principe de la culpabilité a été développé par E. Fruchtmann dans «Recklessness and the Limits of *Mens Rea*: Beyond Orthodox Subjectivism» (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421, à la p. 446:

[TRADUCTION] Il est essentiel, si la responsabilité criminelle doit se fonder sur la faute, que le caractère coupable de l'inconscience de l'accusé ne dépende pas entièrement de ce que devrait prévoir une personne raisonnable dans les circonstances. L'accusé doit posséder les capacités et les aptitudes nécessaires pour lui permettre de prévoir ce que prévoirait une personne raisonnable. Quoique le jury puisse, du point de vue de la preuve, faire des présomptions quant aux capacités et aux aptitudes de l'accusé, c'est à la poursuite qu'incombe la charge de la preuve, et l'accusé bénéficiera toujours du droit de tenter de convaincre le jury du contraire.

Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite. Comme je l'explique de façon plus détaillée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, rendu simultanément, sera imputée à la personne raisonnable la capacité accrue de prévision qu'a pu avoir l'accusé du fait de son appartenance à un groupe possédant des connaissances ou une expérience particulières qui se rapportent à la conduite d'où est née l'infraction. Dans l'affaire *Gosset*, par exemple, l'expérience et la formation que le policier accusé avait dans le maniement d'armes

less use of firearms. In the present case, the reasonable person should be deemed to possess Mr. Creighton's considerable experience in drug use. Once the Crown has established beyond a reasonable doubt that this reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct, the focus of the investigation must shift to the question of whether a reasonable person in the position of the accused would have been capable of foreseeing such a risk. The objective test cannot, to reiterate, relieve the accused of criminal liability simply because he or she did not, in fact, foresee creating the risk of death. I wish to reiterate that the standard of care remains uniform and unchanging irrespective of the particular accused—the prosecution must demonstrate a marked departure from the standard of a reasonable person; rather, it is in the determination of what is reasonable that the skill and expertise of the accused may be considered.

The objective test can be best understood when stated as a "checklist" for the trier of fact to apply to the accused's conduct in a particular case. Where the accused is charged with the offence of unlawful act manslaughter, the trier of fact must ask:

- (1) Would a reasonable person in the same circumstances have been aware that the likely consequences of his or her unlawful conduct would create the risk of death?

This question provides the threshold to the objective test. If the answer to this question is No, then the accused must be acquitted. If the answer is Yes, however, the trier must then ask:

- (2) Was the accused unaware

(a) because he or she did not turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result; or

à feu étaient pertinentes relativement à la norme de diligence à appliquer aux fins du par. 86(2) du *Code criminel* portant sur l'usage négligent d'armes à feu. En l'espèce, la personne raisonnable devrait être réputée posséder l'expérience considérable de M. Creighton dans l'usage de stupéfiants. Du moment que le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, cette personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite, l'examen doit porter principalement sur la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant à la place de l'accusé aurait pu prévoir ce risque. Le critère objectif, répétons-le, ne saurait dégager l'accusé de la responsabilité criminelle du simple fait qu'il n'a pas en fait prévu la création du risque de mort. Je voudrais réitérer que la norme de diligence reste uniforme et inchangée quel que soit l'accusé—la poursuite doit démontrer qu'il y a un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable; c'est plutôt au moment de déterminer ce qui est raisonnable que les aptitudes et la compétence de l'accusé entreront en ligne de compte.

La meilleure façon de comprendre le critère objectif consiste à le présenter sous forme de «liste de contrôle» à appliquer par le juge des faits à la conduite de l'accusé dans un cas donné. Si l'infraction reprochée à l'accusé est celle d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le juge des faits doit se poser cette question:

- (1) Une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait-elle été consciente que sa conduite illégale aurait pour conséquence probable de créer le risque de mort?

Cette question représente le point de départ pour l'application du critère objectif. Si la réponse est négative, l'accusé doit être acquitté. Toutefois, si la réponse est affirmative, le juge des faits doit se demander:

- (2) Est-ce que l'accusé n'en était pas conscient:

a) soit parce qu'il n'a pas réfléchi aux conséquences de sa conduite ni, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement;

(b) because he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, due to human frailties?

If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability. An important distinction must be maintained within the objective test between the capacity to decide to turn one's mind to a risk, and the decision not to turn one's mind to it. As Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), notes, at p. 155:

As long as attention is directed to the individual's own capabilities, a judgment of fault can be made on the ground that there was a fair opportunity to have recognized the risks and harm of conduct.

A key element of the objective test is that of the control an accused could have exercised over the frailty which rendered him or her incapable of acting as the reasonable person would in the same circumstances. The notion of control is related to that of moral responsibility; if one is able to act prudently and not endanger the life of others, one will be held liable for failing to do so. One must be morally—and criminally—responsible to act according to his or her capacities not to inflict harm, even unintentional harm. By contrast, the inability to control a particular frailty which resulted in the creation of the risk may offer a moral excuse for having brought about that risk. Therefore, if the answer to the second branch of the objective test is (b), the third and final stage of the inquiry is required:

(3) In the context of the particular offence, would the reasonable person with the capacities of the accused have made him- or herself aware of the likely consequences of the unlawful conduct and the resulting risk of death?

b) soit parce que, en raison de faiblesses humaines, il a été incapable de réfléchir aux conséquences de sa conduite et, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement?

Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient d'une chose constitue une excuse relativement à la responsabilité criminelle. À l'intérieur du critère objectif, il faut établir une distinction importante entre la capacité de décider de réfléchir à un risque et la décision de ne pas y réfléchir. Comme l'indique Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 155:

[TRADUCTION] Tant que l'examen est dirigé vers les capacités d'une personne, on peut conclure qu'il y a eu faute pour le motif que la personne a eu une chance raisonnable de reconnaître les risques et le préjudice associés à sa conduite.

Un élément clé du critère objectif est la maîtrise que l'accusé aurait pu exercer sur la faiblesse qui l'a empêché d'agir comme l'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. Or, la notion de maîtrise se rapproche de celle de responsabilité morale; si une personne est en mesure d'agir prudemment et sans mettre en danger la vie d'autrui, elle sera jugée responsable de son omission de le faire. Chacun doit avoir une responsabilité morale—mais aussi une responsabilité en droit criminel—d'agir selon sa capacité de ne pas causer de préjudice, même non intentionnel, à autrui. Par contre, l'incapacité à maîtriser une faiblesse particulière qui a fait naître un risque peut constituer une excuse morale pour avoir créé ce risque. Donc, si la réponse à la question formant le deuxième volet du critère objectif est b), il faut alors passer à la troisième et dernière étape de l'examen:

(3) Dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait-elle fait en sorte d'être consciente des conséquences probables de sa conduite illégale et du risque de mort que comportait celle-ci?

In this inquiry, the accused's behaviour is still measured against the standard of the reasonable person, but the reasonable person is constructed to account for the accused's particular capacities and resulting inability to perceive and address certain risks. This test is similar to that advocated by Hart, in "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility", *supra*, at p. 154:

- (i) Did the accused fail to take those precautions which any reasonable man with normal capacities would in the circumstances have taken?
- (ii) Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?

It must be emphasized that this is not a subjective test: if a reasonable person with the frailties of the accused would nevertheless have appreciated the risk, and the accused did not in fact appreciate the risk, the accused must be convicted.

The rationale of incorporating capacity into the objective determination of fault is analogous to the rationale underlying the defence of mistake of fact in criminal law, where an accused who has an honest and reasonably held belief in an incorrect set of facts, and acts on the basis of those facts, is excused from punishment for the resulting harm. Human frailties which may affect the capacity of an accused to recognize the risks of unlawful conduct must be considered, however, not because they result in the accused believing in an incorrect set of facts, but rather because they render the accused incapable of perceiving the correct set of facts. It is, however, only those human frailties which relate to an accused's capacity to appreciate the risk in question that may be considered in this inquiry.

I shall now turn to elaborating what "human frailties" may factor into the objective test. It is perhaps best to begin by stating clearly what is not included. Intoxication or impairment through drug use which occurs as a result of voluntary consump-

Dans le cadre de cet examen, le comportement de l'accusé est encore examiné par rapport à la norme de la personne raisonnable, mais cette norme est interprétée de façon à tenir compte des capacités particulières de l'accusé et, partant, de son incapacité à se rendre compte de certains risques et à agir en conséquence. Ce critère est semblable à celui que préconise Hart dans «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility», *op. cit.*, à la p. 154:

[TRADUCTION]

- (i) L'accusé a-t-il omis de prendre les précautions qu'une personne raisonnable ayant des capacités normales aurait prises dans les circonstances?
- (ii) L'accusé, compte tenu de ses capacités mentales et physiques, aurait-il pu prendre ces précautions?

Il faut souligner qu'il ne s'agit pas là d'un critère subjectif: si une personne raisonnable ayant les faiblesses de l'accusé aurait tout de même apprécié le risque, alors que l'accusé, lui, ne l'a pas fait, c'est un verdict de culpabilité qui s'impose.

La raison d'être de l'inclusion de la capacité dans la détermination objective de la faute présente une analogie avec la raison d'être de la défense de l'erreur de fait en droit criminel, grâce à laquelle l'accusé qui croit sincèrement et raisonnablement à l'existence de faits inexacts et qui agit sur le fondement de ces faits échappe à la peine pouvant découler du préjudice résultant de ses actes. Les faiblesses humaines susceptibles de nuire à la capacité d'un accusé de reconnaître les risques inhérents à une conduite illégale doivent toutefois être prises en considération, non pas parce qu'elles font croire l'accusé à des faits inexacts, mais bien parce qu'elles le mettent dans l'incapacité de se rendre compte des faits exacts. Toutefois, ce ne sont que les faiblesses humaines qui ont un lien avec la capacité de l'accusé d'apprécier le risque en question qui peuvent être prises en considération dans le cadre de cet examen.

Précisons donc maintenant les «faiblesses humaines» qui peuvent entrer en ligne de compte dans l'application du critère objectif. Peut-être vaudrait-il mieux commencer par énoncer clairement celles qui sont exclues. L'état d'ébriété ou

tion cannot serve to vitiate liability for the risks created by the negligent conduct of an accused. Additionally, a sudden and temporary incapacity to appreciate risk due to exigent circumstances (an emergency which diverts one's attention from an activity, for example) is not properly considered under the third part of the test, but may well result in an acquittal under the first part of the test, that is, would a reasonable person's attention in the same circumstances of the accused have been diverted from that activity.

Human frailties encompass personal characteristics habitually affecting an accused's awareness of the circumstances which create risk. Such characteristics must be relevant to the ability to perceive the particular risk. For example, while illiteracy may excuse the failure to take care with a hazardous substance identifiable only by a label, as the accused may be unable, in this case, to apprehend the relevant facts, illiteracy may not be relevant to the failure to take care with a firearm. This attention to the context of the offence and the nature of the activity is explored in greater detail below.

It should be emphasized that the relevant characteristics must be traits which the accused could not control or otherwise manage in the circumstances. For example, while a person with cataracts cannot be faulted for having reduced vision, he or she may be expected to avoid activity in which that limitation will either create risk or render him or her unable to manage risk which is inherent in an activity (driving, for example). The reasonable person is expected to compensate for his or her frailties, to the extent he or she is conscious of them and able to do so.

l'affaiblissement des facultés causé par des stupéfiants, par suite d'une consommation volontaire, ne sauraient écarter la responsabilité à l'égard des risques créés par la conduite négligente d'un accusé. En outre, l'incapacité soudaine et temporaire à apprécier un risque en raison d'une situation urgente (par exemple, une urgence qui détourne l'attention) ne peut à bon droit être prise en compte dans le cadre du troisième volet du critère, mais pourrait très bien donner lieu à l'acquittement par suite de l'application du premier volet, c.-à-d. celui qui consiste à se demander si l'attention d'une personne raisonnable aurait été détournée dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles se trouvait l'accusé.

Les faiblesses humaines englobent des caractéristiques personnelles qui influent habituellement sur la conscience que peut avoir l'accusé des circonstances créant un risque. Ces caractéristiques doivent avoir un lien avec la capacité de percevoir le risque en question. Par exemple, bien que l'analphabétisme puisse constituer une excuse pour l'omission de manipuler prudemment un produit dangereux identifiable seulement par une étiquette, car en pareil cas l'accusé pourrait se voir dans l'incapacité de prendre conscience des faits pertinents, ce même facteur pourrait ne pas entrer en ligne de compte s'il s'agissait d'imprudence dans le manie- ment d'une arme à feu. Cette question de la prise en considération du contexte de l'infraction et de la nature de l'activité fera l'objet d'une étude plus approfondie ci-après.

Il convient de souligner que les caractéristiques pertinentes doivent être de celles que l'accusé n'a pu maîtriser d'aucune façon dans les circonstances. Par exemple, bien qu'on ne puisse pas reprocher à une personne atteinte de cataractes la baisse de l'acuité visuelle qui en résulte, on peut s'attendre à ce qu'elle évite les activités dans lesquelles cette déficience entraînera un risque ou qui la rendront incapable de faire face aux risques inhérents à une activité donnée (la conduite d'un véhicule automobile, par exemple). On s'attend de la personne raisonnable qu'elle prenne des mesures pour compenser ses faiblesses, pourvu qu'elle soit consciente de celles-ci et qu'elle soit en mesure de les prendre.



This general discussion is not intended to set out an exhaustive definition, but rather to lay the groundwork for examining the different factual contexts which may arise. Two central criteria in this regard are (1) the gravity of the offence, and (2) the inherent purposefulness of the conduct involved. With respect to the gravity of the offence, there may be a significant gulf between neglecting to safely store a bottle containing a prescription drug, and neglecting to unload a firearm and return it to its cabinet. In these different contexts, the behaviour of the reasonable person who possesses all of the accused's limitations may be very different, and therefore the answer to the third question regarding the ability of an accused to control or compensate for his or her frailties may be different as well.

The purposefulness of the conduct involved has also been isolated as a factor to be considered in applying such a test by Toni Pickard, in "Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime" (1980), 30 *U.T.L.J.* 75. Pickard refers (at p. 76) to the accused's ability to isolate and analyze the "legally relevant transaction", and notes (at p. 81) that some activities "provide no specific moment, no specific act, not even a specific question to focus the actor's mind on the need for care". Where the activity is highly purposeful, and involves a limited number of inquiries and decisions to be made before acting, the reasonable person with the accused's make-up will be held to a higher standard. Put another way, frailties which create a general inability to recognize and appreciate risk will not necessarily exonerate the accused in the context of particular discrete acts. If the activity is ongoing and involves many stimuli, it may well be impossible for the reasonable person with the accused's frailties to isolate the legally relevant items of information.

Consider the following example:

Cette analyse générale ne vise pas à établir une définition exhaustive, mais plutôt à jeter les fondements de l'examen des différents contextes factuels qui peuvent se présenter. Deux critères fondamentaux à retenir à cet égard sont (1) la gravité de l'infraction et (2) le caractère intentionnel inhérent de la conduite en cause. En ce qui concerne la gravité de l'infraction, il peut exister un écart considérable entre l'omission de garder dans un lieu sûr une bouteille contenant un produit de prescription et l'omission de décharger une arme à feu et de la replacer dans son armoire. Dans ces contextes différents, la conduite de la personne raisonnable qui souffre de toutes les mêmes faiblesses que l'accusé peut être très différente, de sorte que la réponse à la troisième question, soit celle concernant la capacité de l'accusé de maîtriser ou de compenser ses faiblesses, pourra être différente aussi.

Toni Pickard, dans «Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime» (1980), 30 *U.T.L.J.* 75, a également signalé le caractère intentionnel de la conduite comme facteur à prendre en considération dans l'application d'un tel critère. Il parle (à la p. 76) de la capacité de l'accusé d'isoler et d'analyser [TRADUCTION] «l'acte juridiquement pertinent» et fait remarquer (à la p. 81) que dans le cas de certaines activités [TRADUCTION] «il n'y a pas de moment précis, d'acte précis ni même de question précise qui permette à l'acteur de songer à la nécessité de prudence». Lorsque le caractère intentionnel de l'activité est marqué et que sont peu nombreuses les questions à se poser et les décisions à prendre avant d'agir, la personne raisonnable possédant les mêmes caractéristiques que l'accusé sera soumise à une norme plus sévère. En d'autres termes, les faiblesses qui créent une incapacité générale à reconnaître et à apprécier le risque n'auront pas nécessairement pour effet de décharger l'accusé dans le contexte d'actes distincts particuliers. Si l'activité se prolonge dans le temps et comporte de nombreux stimuli, il se pourra bien que la personne raisonnable ayant les faiblesses de l'accusé se voie dans l'impossibilité d'isoler les renseignements juridiquement pertinents.

Prenons l'exemple suivant:

Y has had very little education. Y's friend asks him to help clean out a basement. It turns out that a jar in the basement contains nitroglycerine, and is clearly labelled as such. Y reads the label, but the word means nothing to him. Y transports the jar in the back of his pick-up truck, and when he leaves the truck after stopping at a store, the jar explodes and a passer by is killed.

In this circumstance, the reasonable person would have known not to transport the jar as Y did, so Y fails the first part of the test. However, we should consider that Y's level of education may make comparing him to the fully educated reasonable person unfair. Thus, the trier of fact should consider a reasonable person of Y's education level. The inquiry for the trier of fact becomes: would a reasonable person with Y's education have been aware of a risk and taken steps to avoid the harm? There is nothing in the activity of cleaning out a basement that would alert Y to any particular risk inherent in the activity. Similarly, there are a number of activities Y carries out, so it cannot be said that there was only one legally relevant transaction which should have focused Y's mind on the possibility of risk. In this circumstance, then, the trier of fact may well find that it was reasonable for Y, given his education, not to be aware of the risk he created.

A slight change in facts illustrates the requirement that the frailty be one that the accused cannot control, and the need to attend to the context of the offence. While cleaning out a basement would not put the reasonable person on notice, but the label (which meant nothing to Y) would, what if Y were a courier picking up a package from a large laboratory that, to Y's knowledge, manufactures only explosives? The trier of fact could properly expect Y to have recognized his frailty as relevant to the transaction in question and to have asked someone at the lab about transportation safeguards. The reasonable person, even with Y's education, would

Y a très peu d'instruction. Son ami lui demande de l'aider à faire le ménage au sous-sol. Or, il s'y trouve un bocal contenant de la nitroglycérine, ce qui est très clairement indiqué d'ailleurs sur l'étiquette. Y lit celle-ci, mais le mot y figurant ne lui dit absolument rien. Il met le bocal à l'arrière de sa camionnette et se rend à un magasin. Quand il descend de la camionnette, le bocal explose, provoquant la mort d'un passant.

Dans cette situation, la personne raisonnable aurait su qu'il ne fallait pas transporter le bocal comme l'a fait Y. Ce dernier ne satisfait donc pas au premier volet du critère. Nous devons toutefois tenir compte du fait qu'il est peut-être injuste de comparer Y, qui est peu instruit, avec la personne raisonnable ayant un degré plus élevé d'instruction. Le juge des faits devrait donc retenir comme critère celui de la personne raisonnable ayant le même degré d'instruction que Y. Il doit donc demander si cette personne aurait été consciente du risque et si elle aurait pris des mesures pour éviter le préjudice. Faire le ménage au sous-sol n'est pas en soi une activité qui aurait amené Y à se douter de quelque risque particulier qu'elle pouvait comporter. De même, il s'agit d'une activité dans le cadre de laquelle Y a accompli plusieurs actes, de sorte qu'on ne saurait prétendre qu'il n'existait qu'une seule activité juridiquement pertinente qui aurait dû lui faire penser à la possibilité de risque. Dans ces circonstances donc, le juge des faits pourra bien conclure qu'il était raisonnable que Y, compte tenu de son degré d'instruction, ne soit pas conscient du risque qu'il a créé.

Il suffit de modifier légèrement les faits pour illustrer l'exigence qu'il doit s'agir d'une faiblesse que l'accusé ne peut maîtriser et pour faire ressortir la nécessité de tenir compte du contexte de l'infraction. Faire le ménage au sous-sol n'est certes pas une activité qui mettrait en garde une personne raisonnable, mais l'étiquette (qui pour Y ne voulait rien dire) aurait assurément eu cet effet. Or, qu'en serait-il si Y avait été un messenger qui recueillait un paquet à un grand laboratoire qui, à sa connaissance, fabrique seulement des explosifs? Le juge des faits pourrait à bon droit s'attendre de Y qu'il ait reconnu sa faiblesse comme un facteur perti-

recognize the risks inherent in such a situation. Thus, the overlap between the responsibility to recognize one's limitations and the focus on the inherent risk and purposefulness of the conduct indicates that Y might well be held to have been at fault in the circumstances, even though he did not in fact recognize a risk.

The capacity of the accused in the context of criminal prosecutions will be relevant wherever the Crown must establish what a reasonable person in the circumstances of the offence would have perceived. In the case of unlawful act manslaughter, the objective test must be applied in assessing the foreseeability of the risk from the unlawful act in question, but may also be relevant in establishing the requisite fault for the predicate unlawful act, as is the case in *R. v. Gosset, supra*. In *Gosset*, the accused was charged with unlawful act manslaughter, where the unlawful act was the careless use of a firearm contrary to s. 86(2) of the *Criminal Code*. As I indicated in that case, capacity will be relevant to the assessment of the accused's fault for the predicate unlawful act as well as to the foreseeability of death arising from that unlawful act.

### C. *The Application of the Objective Test*

Applied to the facts of this case, therefore, one must ask whether the reasonable individual in the circumstances of the offence and with Mr. Creighton's experience in drug use would have been aware of the risk of death arising from the injection of the deceased with the cocaine. In reviewing the evidence against Mr. Creighton, the trial judge stated the following:

ment relativement à l'acte en question et qu'il ait demandé à quelqu'un au laboratoire des indications sur les précautions à prendre en ce qui concerne le transport. Une personne raisonnable, même si elle avait eu le même degré d'instruction que Y, aurait reconnu les risques inhérents à une telle situation. Ainsi, l'obligation de connaître ses propres limites, à laquelle vient s'ajouter la prise en considération du risque inhérent et du caractère intentionnel de la conduite, porte à croire que Y pourrait bien être jugé fautif dans les circonstances, même si en fait il n'a pas reconnu l'existence d'un risque.

La capacité de l'accusé sera une considération pertinente dans le cadre de poursuites criminelles chaque fois que le ministère public est tenu d'établir ce dont une personne raisonnable aurait été consciente dans les circonstances de l'infraction. Dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le critère objectif devra être appliqué pour apprécier la prévisibilité du risque que comporte l'acte illégal en question. Mais ce critère peut aussi être pertinent aux fins d'établir la faute requise pour l'acte illégal sous-jacent, comme c'est le cas dans l'arrêt *R. c. Gosset*, précité. Dans l'affaire *Gosset*, l'accusé était inculpé d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, celui-ci consistant dans l'usage négligent d'une arme à feu, ce qui constituait une infraction au par. 86(2) du *Code criminel*. Comme je l'indique dans cet arrêt, la capacité est pertinente tant aux fins de la détermination de la faute de l'accusé à l'égard de l'acte illégal sous-jacent que relativement à la prévisibilité de la mort résultant de cet acte illégal.

### *C. L'application du critère objectif*

Appliquant donc ce critère aux faits de l'espèce, nous devons nous demander si, dans les circonstances de l'infraction, une personne raisonnable ayant l'expérience que possédait M. Creighton de l'usage des stupéfiants aurait été consciente du risque de mort que comportait l'injection de cocaïne à la victime. Dans le cadre de son examen de la preuve produite contre M. Creighton, le juge du procès a tenu les propos suivants:

The accused's evidence [is] that he would permit no one but himself to measure the dose of cocaine that he would accept by injection into his own body. That is evidence capable of the inference which I draw, that Mr. Creighton on the 27th of October, 1989 was knowledgeable of the dangerous propensity of that narcotic to cause death or serious bodily harm.

Subsequently, the trial judge summarized his findings as follows:

Mr. Creighton swore, in effect, that he was and is an experienced cocaine user. He said that he insisted on measuring out his own quantity of cocaine intake. From that evidence alone, I draw the inference that at the time he gave part of that narcotic he had purchased to Miss Martin, he knew she was going to ingest it immediately. He also knew that he was giving her a very dangerous, volatile, lawfully prohibited narcotic, capable of causing death or serious bodily harm.

At the end of all of the evidence and argument, the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused trafficked in cocaine. The very narcotic he gave to the deceased caused her death, and his act of giving it was an intentional one. It was an unlawful criminal act. There existed on the record proof beyond a reasonable doubt that in the circumstances of giving it to her he was criminally negligent. That is so because at the time he gave it he was an experienced, knowledgeable person and well aware of cocaine's dangerous properties. Of equal significance, he, at the time that he gave it to her, knew that she was already holding within her body a substantial amount of the same narcotic. Possessed of that knowledge, he was criminally negligent in giving it to her in the first place, and further criminally negligent in failing to consider the quantity, I find, he placed in the spoon that was used to inject her and the strength it probably would have upon her. [Emphasis added.]

Given the lethal nature of the narcotic in question and the fashion in which it was administered, the familiarity of the accused with the drug and its dangerous properties, the trial judge concluded that the accused foresaw the risk of death or serious bodily harm in injecting the deceased with cocaine. Indeed, when first informed of the charges against him, the appellant was apprised of

[TRANSCRIPTION] [Selon l]e témoignage de l'accusé [. . .] il ne permettrait pas que quelqu'un d'autre que lui mesure la dose de cocaïne qu'il se ferait injecter. Or, ce témoignage justifie la conclusion que je tire que, le 27 octobre 1989, M. Creighton connaissait la propension dangereuse qu'a ce stupéfiant à causer la mort ou des lésions corporelles graves.

Plus loin, le juge du procès a résumé ainsi ses conclusions:

[TRANSCRIPTION] Monsieur Creighton a en fait témoigné qu'il était expérimenté dans l'usage de la cocaïne. Il tenait, a-t-il affirmé, à mesurer lui-même la quantité de cocaïne qu'il prenait. De ce seul élément de preuve je conclus qu'au moment où il a donné à Mlle Martin une partie du stupéfiant qu'il avait acheté, il savait qu'elle allait le consommer sur-le-champ. Il savait en outre qu'il lui donnait un stupéfiant très dangereux, instable, illégal et susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves.

Compte tenu de la totalité de la preuve et des arguments, le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé faisait le trafic de cocaïne. Le stupéfiant même qu'il a donné à la victime a causé sa mort, et il le lui a donné intentionnellement. Il s'agissait d'un acte criminel illégal. La preuve administrée établit hors de tout doute raisonnable que, dans les circonstances, l'accusé a commis une négligence criminelle en donnant le stupéfiant à la victime. Il en est ainsi parce que, au moment où il l'a fait, il avait de l'expérience et des connaissances dans le domaine et était bien au courant des propriétés dangereuses de la cocaïne. Fait tout aussi important, il savait à ce moment-là que la victime avait déjà consommé une quantité considérable du même stupéfiant. Muni de cette connaissance, il a fait preuve de négligence criminelle tout d'abord en lui donnant le stupéfiant, puis en ne prenant pas en considération la quantité que, selon les faits, il a mis dans la cuillère et qu'il lui a injectée, ni l'effet que le stupéfiant aurait probablement sur elle. [Je souligne.]

Étant donné la létalité du stupéfiant en question et vu la façon dont il a été administré et la connaissance qu'avait l'accusé de ce stupéfiant et de ses propriétés dangereuses, le juge du procès a conclu que l'accusé avait prévu le risque de mort ou de lésions corporelles graves que présentait l'injection de cocaïne à la victime. De fait, quand l'appellant a été initialement informé des accusations por-

the death of Ms. Martin as a result of a cocaine overdose, to which he responded the following:

You know better than I that that stuff kills a lot of people. I hear lots of things about people dying of drug overdoses but I don't know them so I don't care.

Since the accused was aware of the risk of death resulting from the unlawful act of trafficking, it is not necessary to proceed to the second or third branch of the objective test.

In instructing himself on the law with respect to unlawful act manslaughter, the trial judge, with respect, erred in adopting the standard of objective foreseeability contained in the earlier line of cases which referred to "the risk of some harm . . . albeit not serious harm" (*R. v. Church, supra*, at p. 213, and *R. v. Tennant, supra*, at p. 96). However, whether or not a reasonable person in the circumstances of the appellant would have foreseen a risk of death as opposed to merely a risk of harm arising from the unlawful act is an inquiry that is made unnecessary given the finding above that the appellant actually did appreciate the risk of death resulting from his injection of the cocaine into the deceased.

Therefore, with respect to the test for determining if a new trial is required under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*, I conclude that, although the learned trial judge erred in law in not expressly considering the capacity of the appellant to appreciate the risk resulting from his conduct, and in instructing himself on the proper test for assessing foreseeability under s. 222(5)(a) of the *Code*, it is clear from his findings that had he instructed himself properly, he would have necessarily arrived at the same verdict (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744). Therefore, I find that, despite the trial judge's error, there is no substantial wrong or miscarriage of justice which would require a new trial.

tées contre lui, on lui a fait savoir que M<sup>me</sup> Martin était morte par suite d'une surdose de cocaïne, à quoi il a répondu:

[TRADUCTION] Vous savez mieux que moi que cela tue beaucoup de gens. J'entends souvent parler de gens qui meurent d'une surdose de stupéfiants, mais je ne les connais pas, alors cela ne me fait rien.

Comme l'accusé était conscient du risque de mort que présentait l'acte illégal de trafic de stupéfiant, point n'est besoin de passer aux deuxième et troisième volets du critère objectif.

En ce qui concerne la règle de droit applicable à l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, j'estime avec égards que c'est à tort que le juge du procès a adopté la norme de la prévisibilité objective énoncée dans la jurisprudence moins récente, où l'on parle du [TRADUCTION] «risque d'un préjudice [...] bien qu'il ne soit pas grave» (*R. c. Church*, précité, à la p. 213, et *R. c. Tennant*, précité, à la p. 96). Quant à savoir, cependant, si une personne raisonnable dans la situation de l'appellant aurait ou non prévu un risque de mort, plutôt qu'un simple risque de préjudice, découlant de l'acte illégal, voilà une question sur laquelle il n'est pas nécessaire de se pencher compte tenu de la conclusion, déjà tirée, que l'appellant se rendait effectivement compte du risque de mort que présentait son injection de cocaïne à la victime.

Par conséquent, pour ce qui est du critère pour déterminer si un nouveau procès s'impose en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, je conclus que le juge du procès a certes commis une erreur de droit en ne considérant pas expressément la capacité de l'appellant d'apprécier le risque que comportait sa conduite et en ne retenant pas le critère approprié pour apprécier la prévisibilité aux fins de l'al. 222(5)(a) du *Code*, mais qu'il se dégage nettement de ses conclusions que, s'il ne s'était pas trompé, il aurait nécessairement rendu le même verdict (voir l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744). Je conclus en conséquence que, malgré l'erreur du juge du procès, il n'y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

D. *Can the Conviction be Supported on the Alternative Basis of Criminal Negligence?*

In addition to convicting the appellant for unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code*, the trial judge also convicted the appellant of manslaughter by criminal negligence under s. 222(5)(b), on the theory that the unlawful act in question itself constituted criminally negligent conduct. The appellant also contends that s. 7 of the *Charter* requires that manslaughter by criminal negligence and unlawful act manslaughter be interpreted as having equivalent standards of fault.

In light of the finding that the conviction of the appellant under s. 222(5)(a) was proper and constitutional, it is unnecessary to deal with the appellant's submissions regarding the alternative ground for the conviction under s. 222(5)(b). Although the appellant was charged with manslaughter without distinguishing between its two branches under s. 222(5)(a) and (b), manslaughter by criminal negligence was not a significant basis of the Crown's case against the appellant at trial. Finally, as no constitutional question was stated with regard to s. 222(5)(b), none of the provincial Attorneys General has had an opportunity to intervene in the case to address the fault standard of this branch of manslaughter. These factors lead me to conclude that this case is an inappropriate one for a detailed consideration of the offence of manslaughter by criminal negligence.

VI. Disposition

I would answer the constitutional question as follows:

D. *La déclaration de culpabilité peut-elle se justifier sur le fondement subsidiaire de la négligence criminelle?*

Outre le verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qu'il a rendu en vertu de l'al. 222(5)a) du *Code*, le juge du procès a rendu contre l'appelant, en vertu de l'al. 222(5)b), un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle, selon la théorie voulant que l'acte illégal en question constituait en soi une négligence criminelle. De plus, l'appelant soutient que, suivant l'art. 7 de la *Charte*, l'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle et l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal doivent s'interpréter comme comportant des normes équivalentes en ce qui concerne la faute.

Vu la conclusion quant au caractère régulier et constitutionnel du verdict de culpabilité rendu contre l'appelant en vertu de l'al. 222(5)a), il n'est pas besoin d'examiner les arguments de l'appelant relatifs à l'al. 222(5)b) en tant que fondement subsidiaire de la déclaration de culpabilité. Bien que l'appelant ait été accusé d'homicide involontaire coupable sans aucune distinction entre celui fondé sur l'al. 222(5)a) et celui fondé sur l'al. 222(5)b), l'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle ne représentait pas un élément important des arguments invoqués par le ministère public contre l'appelant au procès. Enfin, puisque aucune question constitutionnelle n'a été formulée relativement à l'al. 222(5)b), aucun des procureurs généraux des provinces n'a eu l'occasion d'intervenir en l'espèce pour présenter des observations sur la norme de faute applicable à ce type d'homicide involontaire coupable. Ces facteurs m'amènent à conclure qu'il ne convient pas dans la présente affaire d'entreprendre une étude approfondie de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle.

VI. Dispositif

Je suis d'avis de répondre comme suit à la question constitutionnelle:

**Question:** Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

**Answer:** No.

For the reasons stated above, the appeal is dismissed, and the appellant's conviction confirmed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, the Chief Justice and Justice McLachlin. This case has caused me difficulty because both sets of reasons take a view of the law that I have in the past resisted. I could decide this particular case, as did the Ontario Court of Appeal, on the basis that the accused had subjective foresight of the consequences of his act, but in view of the division of opinion in the Court and the fact that *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, and *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, issued concurrently, pose related problems, I find it necessary to express my views on the issues that divide my colleagues.

I start with the fact that, both at the constitutional level and in the interpretation of offences, I favour where practicable the adoption of subjective rather than objective *mens rea*; see, for example, my concurrence with Wilson J. in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, a case dealing with manslaughter by criminal negligence which my colleagues find it unnecessary to deal with in the present case. Nonetheless, I have been sensitive to the broad divide between true criminal offences and offences that are regulatory or have a regulatory base (see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154). In consequence I accept that Parliament can and sometimes does require only an objective standard of *mens rea* for offences intended to regulate a particular form of activity; see *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 876,

**Question:** La définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

**Réponse:** Non.

Pour les raisons exposées ci-dessus, le pourvoi est rejeté et le verdict de culpabilité rendu contre l'appelant est confirmé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, le Juge en chef et le juge McLachlin. J'ai éprouvé certaines difficultés parce que les deux juges adoptent un point de vue du droit auquel je me suis opposé dans le passé. Je pourrais trancher le présent pourvoi, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario, sur le fondement que l'accusé avait subjectivement prévu les conséquences de son geste. Toutefois, compte tenu de la divergence d'opinions des juges de la Cour et du fait que les arrêts *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, et *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, rendus simultanément, soulèvent des difficultés connexes, j'estime nécessaire de me prononcer sur les questions qui opposent mes collègues.

D'abord et avant tout, autant sur le plan constitutionnel que pour l'interprétation des infractions, je préfère, dans la mesure du possible, l'adoption d'une *mens rea* subjective plutôt qu'objective; voir par exemple les motifs du juge Wilson, auxquels j'ai souscrit, dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, où il était question d'un homicide involontaire coupable résultant d'une négligence criminelle, point sur lequel mes collègues estiment inutile de se prononcer dans le présent pourvoi. Je suis néanmoins conscient qu'il existe un certain écart entre les infractions criminelles proprement dites et les infractions réglementaires ou qui reposent sur des aspects réglementaires (voir l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154). En conséquence, j'admets que le législateur puisse n'exiger, et qu'il le fasse parfois, qu'une *mens rea* objective à l'égard des infractions visant à réglementer une forme particulière d'activité; voir *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 876,

where I restricted my concurrence with Cory J. on that basis.

As can be seen from the reasons of McLachlin J. in the present case (at pp. 66-67), the specific requirements of these regulatory and quasi-regulatory offences constitute the major theoretical justification for objective *mens rea*. I was concerned about the application of the doctrine to offences of a truly criminal character that apply to a wide variety of circumstances. However, any possibility of limiting objective *mens rea* to regulatory offences or offences having a regulatory base has now been overtaken by the unanimous decision of the panel (comprising a majority of the Court) in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. It was there held that in a charge under s. 269 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, of unlawfully causing bodily harm, it was sufficient to establish that the accused intended to cause the unlawful act (which was interpreted as being a dangerous act) that caused the bodily harm and that a reasonable person would have realized that that unlawful act would subject another person to the risk of bodily harm. In short, the Court held that the underlying offence required personal fault, but that it was sufficient if there was objective foreseeability of consequences. The case further held that the *mens rea* requirements conformed with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In *DeSousa*, the Court relied on earlier authorities relating to unlawful act manslaughter, the relevant charge in the present case, and for my part I cannot distinguish between the *mens rea* requirement in the two offences. That an unlawful act may result in death or simply bodily harm is purely fortuitous. McLachlin J.'s reasoning on this point is persuasive.

On my reading of *DeSousa*, I would also have thought that it settled the second point of conten-

où j'ai restreint mon accord avec le juge Cory sur ce point.

Comme le laissent voir les motifs du juge McLachlin dans le présent pourvoi (aux pp. 66 et 67), ce sont les exigences particulières aux infractions réglementaires et quasi réglementaires qui constituent le fondement théorique d'une *mens rea* objective. J'avais des inquiétudes quant à l'application de la doctrine à des infractions purement criminelles qui s'appliquent à un grand éventail de circonstances. Toutefois, toute possibilité de limiter l'application de la *mens rea* objective aux infractions réglementaires ou qui reposent sur des aspects réglementaires a maintenant été écartée par l'arrêt unanime des cinq juges qui ont siégé (soit une majorité des juges de la Cour) dans l'affaire *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. On y a conclu que, relativement à une accusation d'infliction illégale de lésions corporelles fondée sur l'art. 269 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, il suffisait d'établir, d'une part, que l'accusé avait l'intention d'accomplir l'acte illégal (interprété comme étant un acte dangereux) ayant causé des lésions corporelles et, d'autre part, qu'une personne raisonnable se serait rendu compte que, par son acte illégal, elle en exposait une autre au risque de subir des lésions corporelles. En bref, la Cour a conclu que l'infraction sous-jacente exigeait une faute personnelle, mais qu'il suffisait qu'il y ait une prévisibilité objective des conséquences. La Cour a en outre conclu que les exigences en matière de *mens rea* étaient conformes aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans l'arrêt *DeSousa*, la Cour s'est fondée sur des arrêts antérieurs portant sur l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, l'accusation en cause en l'espèce et, pour ma part, je ne peux établir de distinction entre l'exigence de *mens rea* relativement aux deux infractions. Qu'un acte illégal puisse entraîner la mort ou simplement des lésions corporelles est purement fortuit. Le raisonnement du juge McLachlin à cet égard est convaincant.

J'aurais également cru, selon l'interprétation que je lui prête, que l'arrêt *DeSousa* résolvait le second



tion between my colleagues, i.e., whether objective *mens rea* as to consequence should be qualified in the manner proposed by the Chief Justice. The rationale underlying the case would seem to me to favour the position taken by McLachlin J. Since my colleagues have not so read the case, however, I shall attempt to give my reasons for preferring one position over the other.

While the theoretical differences may be profound, it must be confessed that, in the bulk of cases, there may be less difference in practical result between the adoption of a subjective or an objective approach to *mens rea* than the proponents of either view would admit. Though *Tutton* itself was a case where the difference did matter, a careful reading of the competing reasons in that case, I think, demonstrates the truth of what I have just said. To demonstrate, a jury deciding on whether a person adverted to an act or its consequences is bound to be affected by its view of what a reasonable person would do in the circumstances. Similarly, the specific circumstances may well affect a jury's view of what is reasonable. There are important educative and psychological differences between the two approaches that have led me to prefer the subjective view of *mens rea*. That view underlines that no one will be punished for anything he or she did not intend or at least advert to, and its use supports one's feeling that a morally innocent person will not be punished.

The objective view, however qualified, does not fully serve these ends. It is true that the qualified objective view would theoretically protect some of the individuals the subjective view would protect, but by no means all; see *Tutton, supra, per* Wilson J., at p. 1419. And it does not respond to the educative and psychological ends sought to be attained by those advocating subjective *mens rea*. Indeed, it introduces a differentiation between individuals in criminal proceedings that, however well meant, seems foreign to our law. What is more, the qualified objective approach loses most of the practical advantages sought to be attained by the objective approach. Indeed, some of the difficulties that have

point de divergence qui oppose mes collègues, à savoir, si la *mens rea* objective quant aux conséquences devrait être nuancée de la manière proposée par le Juge en chef. Le raisonnement qui sous-tend l'arrêt me semble privilégier la position adoptée par le juge McLachlin. Mais puisque mes collègues n'ont pas interprété ainsi l'arrêt, je tenterai de donner les raisons pour lesquelles je préfère une position à l'autre.

Quoique les différences théoriques puissent être marquées, il faut reconnaître qu'en pratique, dans la plupart des cas, la différence entre l'adoption d'une *mens rea* subjective ou objective est peut-être moins importante que ne seraient prêts à admettre les tenants de chacune. Bien que dans l'affaire *Tutton* la différence importait, une lecture attentive des motifs opposés dans cet arrêt démontre, selon moi, la vérité de ce que je viens d'énoncer. Par exemple, le jury qui décide si une personne a mesuré l'acte ou ses conséquences ne manquera pas d'être influencé par sa propre opinion de ce qu'une personne raisonnable ferait dans les circonstances. De même, les circonstances particulières risquent fort d'influencer l'opinion du jury sur ce qui est raisonnable. D'importantes différences sur les plans éducatif et psychologique entre les deux m'ont amené à préférer la *mens rea* subjective. Il ressort de cette dernière que nul ne sera puni pour ce qu'il n'entendait pas faire ou, à tout le moins, pour ce qu'il n'avait pas prévu, et son utilisation renforce le sentiment que la personne moralement innocente ne sera pas punie.

Toutefois, la *mens rea* objective, quelle que soit la nuance qu'on y apporte, ne sert pas pleinement ces fins. Certes, il est vrai qu'en théorie elle protégerait une partie des individus que la *mens rea* subjective protège, mais certainement pas tous; voir l'arrêt *Tutton*, précité, les motifs du juge Wilson, à la p. 1419. En outre, elle ne répond pas aux fins que les tenants de la *mens rea* subjective cherchent à atteindre sur les plans éducatif et psychologique. En fait, elle établit entre les personnes, dans des instances criminelles, une distinction qui, si bien intentionnée qu'elle puisse être, semble étrangère à notre droit. De plus, la *mens rea* objective nuancée perd la plupart des avantages visés par la *mens rea*

been perceived to result from the adoption of the subjective view would be exacerbated. I think, in particular, of the difficulties of instructing a jury. On this question, too, I find *McLachlin J.*'s reasons more persuasive.

I would, therefore, dispose of the appeal and answer the constitutional question as proposed by my colleagues.

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

**MCLACHLIN J.**—This appeal considers the constitutional status of s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In particular, the constitutional question stated by the Chief Justice asks “Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?”. The facts and judgments below have been set out by the Chief Justice. In brief, Mr. Creighton was convicted of manslaughter, arising from the death of Kimberley Ann Martin, who died as a result of an injection of cocaine given by Mr. Creighton. The trial judge found that the death constituted manslaughter either on the ground that it was caused by an unlawful act, or on the ground that it was caused by criminal negligence.

I respectfully disagree with the Chief Justice on two points. The first is his conclusion that the common law offence of manslaughter is unconstitutional because it does not require foreseeability of death. The Chief Justice concludes that the offence of manslaughter must be “read up” to include this requirement in order to bring it into line with the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*, and in particular with the principle that the moral fault required for conviction be commensurate with the gravity and the stigma of the offence. In my view, the offence of unlawful act manslaughter, as defined by our courts and those in other jurisdictions for many centuries, is entirely consistent with the principles

objective. En fait, certaines des difficultés qu'on a estimé être le fruit de l'adoption de la *mens rea* subjective s'en trouveraient aggravées. Je pense, en particulier, aux difficultés reliées aux directives au jury. Sur ce point également j'estime les motifs du juge *McLachlin* plus convaincants.

Je suis par conséquent d'avis de trancher le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle comme le proposent mes collègues.

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

**LE JUGE MCLACHLIN**—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'al. 222(5)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Plus précisément, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante: «La définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?» Les faits ainsi que les jugements des juridictions inférieures sont exposés dans les motifs du Juge en chef. En résumé, M. Creighton a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par suite du décès de Kimberley Ann Martin, provoqué par une injection de cocaïne que lui avait administrée M. Creighton. Le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'un homicide involontaire coupable soit parce que la mort a résulté d'un acte illégal, soit parce qu'elle a été causée par une négligence criminelle.

En toute déférence, je suis en désaccord avec le Juge en chef sur deux points. Le premier porte sur sa conclusion que l'infraction d'homicide involontaire coupable en common law est inconstitutionnelle du fait qu'elle n'exige pas la prévisibilité de la mort. D'après le Juge en chef, il faut interpréter l'infraction d'homicide involontaire coupable comme posant cette exigence, de manière que l'énoncé de l'infraction soit conforme aux principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte* et, en particulier, au principe selon lequel la faute morale requise pour fonder une déclaration de culpabilité doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et aux stigmates qui s'y rattachent. À mon avis, l'infraction d'homicide

of fundamental justice. There is no need to read up its requirements; as it stands, it conforms to the *Charter*.

The second point on which I respectfully diverge is the Chief Justice's conclusion that the standard of care on the objective test in manslaughter and in crimes of negligence varies with the degree of experience, education, and other personal characteristics of the accused. This leads the Chief Justice to hold Mr. Creighton to a higher standard of care than that of the reasonable person in determining if he would have foreseen the risk in question, because of Creighton's long experience as a drug user (pp. 26-27, reasons of Chief Justice). For the reasons set out below I believe the appropriate standard to be that of the reasonable person in all the circumstances of the case. The criminal law is concerned with setting minimum standards of conduct; the standards are not to be altered because the accused possesses more or less experience than the hypothetical average reasonable person.

I will turn first to the common law test for manslaughter, and address the constitutional question as stated by the Chief Justice.

#### A. Constitutionality of the Requirement of Foreseeability of Bodily Injury in Manslaughter

##### 1. *The Mens Rea of Manslaughter*

The *Criminal Code* defines three general types of culpable homicide. There is murder, the intentional killing of another human being. There is infanticide, the intentional killing of a child. All

involontaire coupable résultant d'un acte illégal, telle que la définissent depuis des siècles nos tribunaux et ceux d'autres pays, ne présente aucune incompatibilité avec les principes de justice fondamentale. Nul besoin donc d'en rendre les exigences plus sévères, car elle est, telle quelle, conforme à la *Charte*.

Le second point sur lequel, avec égards, mon opinion diverge de celle du Juge en chef est sa conclusion que, selon le critère objectif, la norme de diligence à observer en matière d'homicide involontaire coupable et de crimes de négligence varie en fonction de l'expérience, du degré d'instruction et d'autres caractéristiques personnelles de l'accusé. Cette conclusion amène le Juge en chef à appliquer à M. Creighton, compte tenu de sa longue expérience de l'usage de stupéfiants, une norme de diligence plus sévère que celle de la personne raisonnable aux fins de déterminer s'il aurait prévu le risque en question (motifs du Juge en chef, pp. 26 et 27). Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que la norme appropriée est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation. Le droit criminel fixe des normes minimales de conduite, lesquelles ne doivent pas être modifiées du fait que l'accusé possède plus ou moins d'expérience que la personne raisonnable moyenne hypothétique.

J'aborderai en premier lieu le critère de common law en matière d'homicide involontaire coupable pour ensuite me pencher sur la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef.

#### A. La constitutionnalité de l'exigence de la prévisibilité de lésions corporelles dans le cas de l'homicide involontaire coupable

##### 1. *La mens rea en ce qui concerne l'homicide involontaire coupable*

Le *Code criminel* définit trois types généraux d'homicide coupable. Il y a le meurtre, qui consiste à ôter intentionnellement la vie à un autre être humain. Il y a également l'infanticide, soit le fait d'ôter intentionnellement la vie à un enfant. Tous les autres homicides coupables tombent dans la

other culpable homicides fall into the residual category of manslaughter (s. 234, *Criminal Code*).

Manslaughter is a crime of venerable lineage. It covers a wide variety of circumstances. Two requirements are constant: (1) conduct causing the death of another person; and (2) fault short of intention to kill. That fault may consist either in committing another unlawful act which causes the death, or in criminal negligence. The common law classification of manslaughter is reflected in the definition of culpable homicide in s. 222(5) of the *Criminal Code*:

222. . . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being.

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

The structure of the offence of manslaughter depends on a predicate offence of an unlawful act or criminal negligence, coupled with a homicide. It is now settled that the fact that an offence depends upon a predicate offence does not render it unconstitutional, provided that the predicate offence involves a dangerous act, is not an offence of absolute liability, and is not unconstitutional: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. But a further objection is raised in this case. It is said that the offence of manslaughter is unconstitutional because it requires only foreseeability of the risk of bodily harm and not foreseeability of death, and that the trial judge erred in requiring only foreseeability of bodily harm.

The cases establish that in addition to the *actus reus* and *mens rea* associated with the underlying act, all that is required to support a manslaughter conviction is reasonable foreseeability of the risk

catégorie résiduelle qu'est l'homicide involontaire coupable (*Code criminel*, art. 234).

L'origine du crime d'homicide involontaire coupable remonte fort loin dans le passé. Ce crime englobe une grande diversité de circonstances. Deux exigences demeurent toutefois constantes: (1) une conduite qui cause la mort d'une autre personne et (2) une faute qui reste en deçà de l'intention de tuer. Cette faute peut consister soit dans la perpétration d'un autre acte illégal qui occasionne la mort, soit dans la négligence criminelle. La classification de l'homicide involontaire coupable en common law se manifeste dans la définition de l'homicide coupable au par. 222(5) du *Code criminel*:

222. . . .

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain:

a) soit au moyen d'un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

La structure de l'infraction d'homicide involontaire coupable tient à la perpétration d'une infraction sous-jacente sous forme d'acte illégal ou de négligence criminelle, laquelle infraction doit être assortie d'un homicide. Il est maintenant établi que ce n'est pas parce qu'une infraction dépend de l'existence d'une infraction sous-jacente qu'elle est inconstitutionnelle, pourvu que l'infraction sous-jacente comporte un acte dangereux, qu'elle ne soit pas une infraction de responsabilité absolue et qu'elle ne soit pas elle-même inconstitutionnelle: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Mais on soulève en l'espèce une nouvelle objection. On allègue en effet l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable du fait qu'elle ne requiert que la prévisibilité du risque de lésions corporelles et non pas la prévisibilité de la mort. De plus, on prétend que c'est à tort que le juge du procès a exigé simplement la prévisibilité de lésions corporelles.

Il ressort de la jurisprudence que, outre l'*actus reus* et la *mens rea* liés à l'acte sous-jacent, tout ce qu'il faut pour fonder une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est la prévi-

of bodily harm. While s. 222(5)(a) does not expressly require foreseeable bodily harm, it has been so interpreted: see *R. v. DeSousa, supra*. The unlawful act must be objectively dangerous, that is likely to injure another person. The law of unlawful act manslaughter has not, however, gone so far as to require foreseeability of death. The same is true for manslaughter predicated on criminal negligence; while criminal negligence, *infra*, requires a marked departure from the standards of a reasonable person in all the circumstances, it does not require foreseeability of death.

Certain early authorities suggest that foreseeability of the risk of bodily harm is not required for manslaughter. Blackstone wrote that “when an involuntary killing happens in consequence of an unlawful act . . . if no more was intended than a mere trespass, it will only amount to manslaughter” (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at pp. 192-93). Others disagreed. Stephen, the author of the Canadian *Criminal Code*, defined manslaughter as “unlawful homicide”, which in turn he defined as requiring, at a minimum, that the act was “likely to cause death or bodily harm” (Arts. 279, 278, reprinted in G. W. Burbidge, *Digest of the Criminal Law of Canada* (1980), at pp. 216, 215).

In more recent times, the prevailing view has been that foreseeability of bodily harm is required for manslaughter. In England, it was said in *R. v. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217 (C.C.A.), at p. 219, that the act must be “a dangerous act, that is, an act which is likely to injure another person”. In *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, at p. 96, the Ontario Court of Appeal stated that the unlawful act must be “such as any reasonable person would inevitably realize must subject another to the risk

sibilité raisonnable du risque de lésions corporelles. Bien que l’al. 222(5)a) ne pose pas expressément l’exigence de lésions corporelles prévisibles, c’est ainsi qu’il a été interprété: voir l’arrêt *R. c. DeSousa*, précité. L’acte illégal doit présenter un danger objectif, c’est-à-dire, être de nature à causer des blessures à une autre personne. Le droit en matière d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal ne va toutefois pas jusqu’à exiger la prévisibilité de la mort. Il en va de même de l’homicide involontaire coupable imputable à la négligence criminelle: quoique la négligence criminelle (voir l’analyse plus bas) nécessite un écart marqué par rapport aux normes qu’observerait dans toutes les circonstances une personne raisonnable, elle ne requiert pas la prévisibilité de la mort.

D’après certains vieux textes doctrinaux, la prévisibilité du risque de lésions corporelles n’est pas requise pour qu’il y ait homicide involontaire coupable. Blackstone a écrit en effet que [TRADUCTION] «quand un homicide involontaire arrive par suite d’un acte illégal [. . .], ce sera seulement un *manslaughter*, si cet acte n’avait pour but qu’une transgression purement civile» (Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), Livre IV, aux pp. 532 et 533). Tous n’ont pas partagé cet avis. Ainsi Stephen, qui a rédigé le *Code criminel* du Canada, a défini l’homicide involontaire coupable comme étant un [TRADUCTION] «homicide illégal», lequel, selon sa définition, nécessite à tout le moins la perpétration d’un acte [TRADUCTION] «qui est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles» (art. 279, 278, réimprimés dans G. W. Burbidge, *Digest of the Criminal Law of Canada* (1980), aux pp. 216, 215).

Plus récemment, l’opinion prédominante est qu’il doit y avoir prévisibilité de lésions corporelles pour qu’il y ait homicide involontaire coupable. En Angleterre, on a affirmé dans l’arrêt *R. c. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217 (C.C.A.), à la p. 219, que l’acte doit être [TRADUCTION] «dangereux, c’est-à-dire de nature à blesser une autre personne». Dans l’arrêt *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, à la p. 96, la Cour d’appel de l’Ontario a dit que l’acte illégal doit être [TRADUCTION]

of, at least, some harm, albeit not serious harm". Similarly, in *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (B.C.C.A.), at p. 348, Hutcheon J.A. wrote, "the unlawful act was such as any reasonable person would inevitably realize must subject another to the risk of at least some harm".

This Court in *R. v. DeSousa*, *supra*, confirmed that a conviction for manslaughter requires that the risk of bodily harm have been foreseeable. After referring to the statement in *Larkin*, *supra*, that a "dangerous act" is required, Sopinka J. stated that English authority has consistently held that the underlying unlawful act required for manslaughter requires "proof that the unlawful act was 'likely to injure another person' or in other words put the bodily integrity of others at risk" (p. 959). Moreover, the harm must be more than trivial or transitory. The test set out by Sopinka J. (at p. 961) for the unlawful act required by s. 269 of the *Criminal Code* is equally applicable to manslaughter:

... the test is one of objective foresight of bodily harm for all underlying offences. The act must be both unlawful, as described above, and one that is likely to subject another person to danger of harm or injury. This bodily harm must be more than merely trivial or transitory in nature and will in most cases involve an act of violence done deliberately to another person. In interpreting what constitutes an objectively dangerous act, the courts should strive to avoid attaching penal sanctions to mere inadvertence. The contention that no dangerousness requirement is required if the unlawful act is criminal should be rejected. [Emphasis in original.]

So the test for the *mens rea* of unlawful act manslaughter in Canada, as in the United Kingdom, is (in addition to the *mens rea* of the underlying

«de telle nature que toute personne raisonnable se rendrait inévitablement compte qu'il fait courir à autrui à tout le moins le risque d'une blessure, bien qu'elle ne soit pas grave». De même, dans l'arrêt *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (C.A.C.-B.), à la p. 348, le juge Hutcheon a écrit que [TRADUCTION] «l'acte illégal était de telle nature que toute personne raisonnable le reconnaîtrait inévitablement comme exposant une autre personne au risque au moins d'un certain préjudice».

Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, précité, notre Cour a confirmé qu'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable ne peut être rendu que si le risque de lésions corporelles était prévisible. Après avoir mentionné l'exigence d'un «acte dangereux» dont il est fait état dans l'arrêt *Larkin*, précité, le juge Sopinka a dit que la jurisprudence anglaise a toujours maintenu que l'acte illégal sous-jacent requis dans le cas de l'homicide involontaire coupable exige «la preuve que l'acte illégal était «de nature à blesser une autre personne» ou autrement dit mettait en danger l'intégrité physique d'autrui» (p. 959). Il doit s'agir en outre de lésions qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Le critère énoncé par le juge Sopinka (à la p. 961) relativement à l'acte illégal exigé aux fins de l'art. 269 du *Code criminel* s'applique tout aussi bien à l'homicide involontaire coupable:

... le critère est celui de la prévision objective des lésions corporelles en ce qui concerne toutes les infractions sous-jacentes. L'acte doit être à la fois illégal, tel que ce terme a été défini plus haut, et de nature à soumettre une autre personne à un risque de préjudice ou de lésions corporelles. Ces lésions corporelles ne doivent pas être de nature passagère ou sans importance et doivent, dans la plupart des cas, comporter un acte violent commis délibérément à l'endroit d'autrui. Pour interpréter ce qui constitue un acte objectivement dangereux, les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de frapper de sanctions pénales la simple inadvertance. Il y a lieu de rejeter la prétention selon laquelle il n'est pas nécessaire que l'acte illégal qui constitue un crime soit dangereux. [Souligné dans l'original.]

Il s'ensuit qu'au Canada, comme au Royaume-Uni, le critère pour la détermination de la *mens rea* dans le cas de l'homicide involontaire coupable

offence) objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required. The question is whether this test violates the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

## 2. *Constitutionality of the "Foresight of Bodily Harm" Test for Manslaughter*

Before venturing on analysis, I think it appropriate to introduce a note of caution. We are here concerned with a common law offence virtually as old as our system of criminal law. It has been applied in innumerable cases around the world. And it has been honed and refined over the centuries. Because of its residual nature, it may lack the logical symmetry of more modern statutory offences, but it has stood the practical test of time. Could all this be the case, one asks, if the law violates our fundamental notions of justice, themselves grounded in the history of the common law? Perhaps. Nevertheless, it must be with considerable caution that a twentieth century court approaches the invitation which has been put before us: to strike out, or alternatively, rewrite, the offence of manslaughter on the ground that this is necessary to bring the law into conformity with the principles of fundamental justice.

As I read the reasons of the Chief Justice, his conclusion that the offence of manslaughter as it stands is unconstitutional rests on two main concerns. First, it is his view that the gravity or seriousness of the offence of manslaughter, and in particular the stigma that attaches to it, requires a minimum *mens rea* of foreseeability of death. Second, considerations of symmetry between the element of mental fault and the consequences of the offence mandate this conclusion. I will deal with each concern in turn.

résultant d'un acte illégal est (outre l'existence de la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente) celui de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de mort n'est pas nécessaire. La question est donc de savoir si ce critère viole les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*.

## 2. *La constitutionnalité du critère de la «prévision de lésions corporelles» dans le cas de l'homicide involontaire coupable*

Avant d'entamer l'analyse, je crois qu'une mise en garde est indiquée. Nous traitons ici d'une infraction de common law qui existe presque depuis les débuts de notre système de droit criminel. Elle a fait l'objet d'innombrables poursuites dans le monde entier et a été peaufinée et perfectionnée au fil des siècles. Vu son caractère résiduel, il lui manque peut-être la symétrie logique qui caractérise les infractions plus modernes prévues par la loi, mais, sur le plan pratique, elle a su résister au passage du temps. Or, pourrait-il en être ainsi, se demandera-t-on, si elle allait à l'encontre de nos notions fondamentales de justice, qui remontent elles-mêmes loin dans l'histoire de la common law? Peut-être. Ce ne doit toutefois être qu'avec une très grande circonspection qu'un tribunal du XX<sup>e</sup> siècle aborde l'invitation qui nous est faite: abolir ou encore reformuler l'infraction d'homicide involontaire coupable au motif que cela s'impose pour assurer la conformité du droit avec les principes de justice fondamentale.

Selon mon interprétation des motifs du Juge en chef, sa conclusion à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable dans sa forme actuelle repose principalement sur deux considérations. En premier lieu, il estime que la gravité de cette infraction et, en particulier, les stigmates qui s'y rattachent requièrent tout au moins, pour fonder la *mens rea*, qu'il y ait prévisibilité de la mort. En second lieu, cette conclusion est commandée par la nécessité de correspondance entre l'élément de faute morale et les conséquences de l'infraction. J'aborderai tour à tour chacune de ces considérations.

(a) Gravity of the Offence

A number of concepts fall under this head. Three of them figure among the four factors relevant to determining the constitutionality of a *mens rea* requirement, as set out by this Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633:

1. The stigma attached to the offence, and the available penalties requiring a *mens rea* reflecting the particular nature of the crime;
2. Whether the punishment is proportionate to the moral blameworthiness of the offender; and
3. The idea that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally.

The Chief Justice in his reasons places considerable emphasis on the first factor of stigma. He argues that “there may well be no difference between the *actus reus* of manslaughter and that of murder; arguably both give rise to the stigma of being labelled by the state and the community as responsible for the wrongful death of another” (p. 19). But later in his reasons (at p. 20) he concedes that “the stigma which attaches to a conviction for unlawful act manslaughter”, while “significant... does not approach the opprobrium reserved in our society for those who knowingly or intentionally take the life of another” (emphasis is original). The Chief Justice goes on to observe that “[i]t is for this reason that manslaughter developed as a separate offence from murder at common law.” Nevertheless, in the end the Chief Justice concludes that the “constitutional imperative”, taken with other factors, requires a minimum *mens rea* of foreseeability of the risk of death, suggesting that stigma may remain an important factor in his reasoning.

a) La gravité de l’infraction

Sous cette rubrique peuvent être rangés plusieurs concepts, dont trois qui figurent parmi les quatre facteurs à prendre en considération pour déterminer la constitutionnalité d’une exigence de *mens rea*. Ces facteurs ont été énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633:

1. Les stigmates résultant de l’infraction ainsi que les peines pouvant être infligées exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime.
2. La peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant.
3. Ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement.

Dans ses motifs, le Juge en chef insiste beaucoup sur le premier facteur que sont les stigmates. D’après lui, «[i]l se peut bien qu’[...] il n’y ait aucune différence entre l’*actus reus* de l’homicide involontaire coupable et celui du meurtre. On peut prétendre en effet que l’un et l’autre donnent lieu aux stigmates qui découlent du fait de se voir caractériser, par l’État et par la collectivité, comme étant responsable de la mort illicite d’une autre personne» (p. 19). Il reconnaît toutefois, plus loin dans ses motifs, à la p. 20, que «les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, quoique considérables, se situent bien en deçà de l’opprobre que s’attirent dans notre société les gens qui sciemment ou intentionnellement ôtent la vie à une autre personne» (souligné dans l’original). Le Juge en chef poursuit en faisant remarquer que «[c]’est pour cette raison d’ailleurs que l’homicide involontaire coupable a évolué en common law comme infraction distincte du meurtre». Il finit néanmoins par conclure que l’«impératif constitutionnel», ajouté à d’autres facteurs, commande comme *mens rea* minimale la prévisibilité du risque de mort, ce qui porte à croire que les stigmates continuent peut-être à constituer un élément important de son raisonnement.



To the extent that stigma is relied on as requiring foreseeability of the risk of death in the offence of manslaughter, I find it unconvincing. The most important feature of the stigma of manslaughter is the stigma which is not attached to it. The *Criminal Code* confines manslaughter to non-intentional homicide. A person convicted of manslaughter is not a murderer. He or she did not intend to kill someone. A person has been killed through the fault of another, and that is always serious. But by the very act of calling the killing manslaughter the law indicates that the killing is less blameworthy than murder. It may arise from negligence, or it may arise as the unintended result of a lesser unlawful act. The conduct is blameworthy and must be punished, but its stigma does not approach that of murder.

To put it another way, the stigma attached to manslaughter is an appropriate stigma. Manslaughter is not like constructive murder, where one could say that a person who did not in fact commit murder might be inappropriately branded with the stigma of murder. The stigma associated with manslaughter is arguably exactly what it should be for an unintentional killing in circumstances where risk of bodily harm was foreseeable. There is much common sense in the following observation:

The offender has killed, and it does not seem wrong in principle that, when he is far from blameless, he should be convicted of an offence of homicide. To some extent it must be an intuitive conclusion, but it does not seem too difficult to argue that those who kill, and who are

Pour autant que les stigmates soient considérés comme nécessitant la prévisibilité du risque de mort dans le cas de l'infraction d'homicide involontaire coupable, je tiens ce raisonnement pour peu convaincant. Quand on parle de stigmates dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, ce qui importe le plus ce sont ceux qui ne se rattachent pas à cette infraction. En effet, aux termes du *Code criminel*, l'homicide involontaire coupable se limite à l'homicide non intentionnel. Quiconque est déclaré coupable d'homicide involontaire coupable n'est pas un meurtrier. Cette personne n'a pas eu l'intention de tuer qui que ce soit. Il s'agit certes de la mort d'une personne causée par la faute d'autrui, ce qui est toujours grave. Mais le fait même que l'acte soit qualifié d'homicide involontaire coupable révèle que, sur le plan juridique, cet homicide est moins répréhensible que le meurtre. L'homicide en question peut résulter de la négligence ou être la conséquence non intentionnelle d'un acte illégal moins grave. C'est une conduite répréhensible qui doit être sanctionnée, mais les stigmates s'y rattachant demeurent bien en deçà de ceux qu'entraîne le meurtre.

En d'autres termes, les stigmates rattachés à l'homicide involontaire coupable sont ceux qui conviennent à cette infraction. L'homicide involontaire coupable est à distinguer d'avec le cas du meurtre par imputation, où l'on pourrait dire qu'une personne qui en fait n'a pas commis de meurtre risquerait de subir à tort les stigmates découlant de ce crime. Il est donc possible de soutenir que les stigmates liés à l'homicide involontaire coupable sont précisément ceux qui devraient résulter d'un homicide non intentionnel dans des circonstances où le risque de lésions corporelles était prévisible. À ce propos, les observations suivantes sont très sensées:

[TRADUCTION] Le contrevenant a commis un homicide et, quand il est loin d'être sans reproche, il ne semble y avoir, sur le plan des principes, rien qui s'oppose à ce qu'il soit reconnu coupable d'une infraction d'homicide. Dans une certaine mesure, cette conclusion doit reposer sur l'intuition, mais il ne semble pas particulièrement difficile de soutenir qu'il convient, dans le cas d'une personne qui a tué quelqu'un et qui sera de toute façon déclarée coupable d'une infraction quelconque, de ren-

going to be convicted of something, should be convicted of homicide. That, after all, is what they have done.

(Adrian Briggs, "In Defence of Manslaughter", [1983] *Crim. L.R.* 764, at p. 765.)

It would shock the public's conscience to think that a person could be convicted of manslaughter absent any moral fault based on foreseeability of harm. Conversely, it might well shock the public's conscience to convict a person who has killed another only of aggravated assault—the result of requiring foreseeability of death—on the sole basis that the risk of death was not reasonably foreseeable. The terrible consequence of death demands more. In short, the *mens rea* requirement which the common law has adopted—foreseeability of harm—is entirely appropriate to the stigma associated with the offence of manslaughter. To change the *mens rea* requirement would be to risk the very disparity between *mens rea* and stigma of which the appellant complains.

I come then to the second factor mentioned in *Martineau*, the relationship between the punishment for the offence and the *mens rea* requirement. Here again, the offence of manslaughter stands in sharp contrast to the offence of murder. Murder entails a mandatory life sentence; manslaughter carries with it no minimum sentence. This is appropriate. Because manslaughter can occur in a wide variety of circumstances, the penalties must be flexible. An unintentional killing while committing a minor offence, for example, properly attracts a much lighter sentence than an unintentional killing where the circumstances indicate an awareness of risk of death just short of what would be required to infer the intent required for murder. The point is, the sentence can be and is tailored to

dre un verdict de culpabilité d'homicide, car c'est précisément là, après tout, l'infraction qui a été commise.

(Adrian Briggs, «In Defence of Manslaughter», [1983] *Crim. L.R.* 764, à la p. 765.)

La conscience publique serait choquée à la pensée qu'une personne pourrait être reconnue coupable d'homicide involontaire coupable en l'absence de toute faute morale fondée sur la prévisibilité d'un préjudice. Inversement, la conscience publique pourrait bien être choquée également si la personne qui a commis un homicide ne se voyait déclarer coupable que de voies de fait graves—conséquence de l'exigence de la prévisibilité de la mort—au seul motif que le risque de mort n'était pas raisonnablement prévisible. La conséquence affreuse qu'est la mort exige davantage. En bref, l'exigence en matière de *mens rea* qu'a adoptée la common law, à savoir la prévisibilité d'un préjudice, convient parfaitement aux stigmates rattachés à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Changer la *mens rea* exigée serait courir le risque de créer précisément la disproportion de la *mens rea* et des stigmates, dont se plaint l'appelant.

Passons donc maintenant au deuxième facteur évoqué dans l'arrêt *Martineau*, soit le rapport entre la peine prévue pour l'infraction et la *mens rea* requise. Ici également, l'infraction d'homicide involontaire coupable diffère nettement de celle de meurtre. Celui-ci entraîne une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité tandis que l'homicide involontaire coupable ne comporte aucune peine minimale. Cela est bien. Puisque l'homicide involontaire coupable peut se commettre dans des circonstances des plus diverses, il doit y avoir souplesse quant aux peines. C'est à juste titre, par exemple, qu'un homicide non intentionnel commis lors de la perpétration d'une infraction mineure donne lieu à une peine beaucoup moins sévère que celle entraînée par l'homicide non intentionnel perpétré dans des circonstances témoignant d'une conscience du risque de mort qui reste juste en deçà de ce qu'il faudrait pour conclure à l'existence de l'intention requise pour un meurtre. Tout cela pour dire que la peine peut être adaptée pour tenir compte du degré de faute morale chez le contrevenant, et c'est ce qui se passe dans les faits.

suit the degree of moral fault of the offender. This Court acknowledged this in *Martineau*, at p. 647:

The more flexible sentencing scheme under a conviction for manslaughter is in accord with the principle that punishment be meted out with regard to the level of moral blameworthiness of the offender.

It follows that the sentence attached to manslaughter does not require elevation of the degree of *mens rea* for the offence.

This brings me to the third factor relating to the gravity of the offence set out in *Martineau*, the principle that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally. As noted, this principle is strictly observed in the case of manslaughter. It is by definition an unintentional crime. Accordingly, the penalties imposed are typically less than for its intentional counterpart, murder.

I conclude that the standard of *mens rea* required for manslaughter is appropriately tailored to the seriousness of the offence.

(b) Symmetry Between the Element of Fault and the Consequences of the Offence

The Chief Justice correctly observes that the criminal law has traditionally aimed at symmetry between the *mens rea* and the prohibited consequences of the offence. The *actus reus* generally consists of an act bringing about a prohibited consequence, e.g. death. Criminal law theory suggests that the accompanying *mens rea* must go to the prohibited consequence. The moral fault of the accused lies in the act of bringing about that consequence. The Chief Justice reasons from this proposition that since manslaughter is an offence involving the prohibited act of killing another, a *mens rea* of foreseeability of harm is insufficient; what is required is foreseeability of death.

Notre Cour l'a reconnu d'ailleurs dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 647:

Le régime plus souple de détermination de la peine suite à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du niveau de culpabilité morale du délinquant.

Il s'ensuit donc que la peine sanctionnant l'homicide involontaire coupable ne nécessite pas un degré plus élevé de *mens rea* pour cette infraction.

Voilà qui m'amène au troisième facteur concernant la gravité de l'infraction énoncé dans l'arrêt *Martineau*. Il s'agit du principe selon lequel les personnes qui causent intentionnellement un préjudice méritent une peine plus sévère que les personnes qui le font involontairement. Comme je l'ai fait remarquer, ce principe est strictement observé dans le cas de l'homicide involontaire coupable, lequel est, par définition, un crime sans élément intentionnel. Par conséquent, les peines infligées sont normalement moins sévères que celles sanctionnant le meurtre, qui est son équivalent intentionnel.

Je conclus que le degré de *mens rea* requis pour l'homicide involontaire coupable est bien adapté à la gravité de l'infraction.

b) La correspondance entre l'élément de faute et les conséquences de l'infraction

Le Juge en chef fait observer à juste titre que le droit criminel a traditionnellement visé la correspondance entre la *mens rea* et les conséquences proscrites de l'infraction. L'*actus reus* revêt généralement la forme d'un acte qui entraîne une conséquence interdite, p. ex. la mort. D'après la théorie du droit criminel, la *mens rea* concomitante doit porter sur la conséquence interdite. La faute morale de l'accusé découle de l'accomplissement de l'acte ayant cette conséquence. Partant de cette proposition, le Juge en chef conclut que, comme l'infraction d'homicide involontaire coupable consiste dans l'acte prohibé de tuer une autre personne, il ne suffit pas d'une *mens rea* fondée sur la prévisibilité d'un préjudice; ce qui est exigé c'est la prévisibilité de la mort.

The conclusion that the offence of manslaughter is unconstitutional because it does not require appreciation of the consequential risk of death rests on two propositions: (1) that risk of bodily harm is appreciably different from risk of death in the context of manslaughter; and (2) that the principle of absolute symmetry between *mens rea* and each consequence of a criminal offence is not only a general rule of criminal law, but a principle of fundamental justice which sets a constitutional minimum. In my view, neither of these propositions is free from doubt.

I turn first to the distinction between appreciation of the risk of bodily harm and the risk of death in the context of manslaughter. In my view, when the risk of bodily harm is combined with the established rule that a wrongdoer must take his victim as he finds him and the fact that death did in fact occur, the distinction disappears. The accused who asserts that the risk of death was not foreseeable is in effect asserting that a normal person would not have died in these circumstances, and that he could not foresee the peculiar vulnerability of the victim. Therefore, he says, he should be convicted only of assault causing bodily harm or some lesser offence. This is to abrogate the thin-skull rule that requires that the wrong-doer take his victim as he finds him. Conversely, to combine the test of reasonable foreseeability of bodily harm with the thin-skull rule is to mandate that in some cases, foreseeability of the risk of bodily harm alone will properly result in a conviction for manslaughter.

What the appellant asks us to do, then, is to abandon the "thin-skull" rule. It is this rule which, on analysis, is alleged to be unjust. Such a conclusion I cannot accept. The law has consistently set its face against such a policy. It decrees that the

La conclusion à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable parce qu'elle n'exige pas que l'auteur se rende compte du risque de mort qu'elle comporte repose sur les deux propositions suivantes: (1) que le risque de lésions corporelles diffère sensiblement du risque de mort dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, et (2) que le principe de la correspondance parfaite entre la *mens rea* et chacune des conséquences d'une infraction criminelle constitue non seulement une règle générale de droit criminel, mais aussi un principe de justice fondamentale qui représente le strict minimum sur le plan constitutionnel. Selon moi, chacune de ces propositions est sujette à caution.

Traisons d'abord de la distinction, dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, entre le fait d'apprécier le risque de lésions corporelles et le fait d'apprécier le risque de mort. À mon avis, cette distinction s'évanouit lorsque le risque de lésions corporelles est associé à la règle établie selon laquelle l'auteur du méfait doit prendre sa victime comme elle est et au fait que la mort est effectivement survenue. L'accusé qui allègue l'imprévisibilité du risque de mort affirme en réalité qu'une personne normale ne serait pas morte dans les circonstances en question et qu'il lui a été impossible de prévoir la vulnérabilité particulière de la victime. Il prétend, en conséquence, ne devoir être déclaré coupable que de voies de fait causant des lésions corporelles ou de quelque infraction moins grave. Or, cela revient à écarter la règle de la vulnérabilité de la victime, qui veut que l'auteur du méfait doive prendre sa victime comme elle est. Inversement, le critère de la prévisibilité raisonnable de lésions corporelles et la règle de la vulnérabilité de la victime, pris ensemble, auraient pour effet que, dans certains cas, la seule prévisibilité du risque de lésions corporelles fonderait légitimement un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

L'appellant nous demande donc d'abandonner la règle de la «vulnérabilité de la victime». C'est cette règle que, après analyse, il prétend injuste. Or, je ne puis admettre pareille conclusion, qui a été uniformément rejetée en droit. Le droit veut en

aggressor must take his victim as he finds him. Lord Ellenborough C.J. discussed the principle nearly two centuries ago:

He who deals in a perilous article must be wary how he deals, otherwise, if he observe not proper caution, he will be responsible. . . [I]t [is] an universal principle, that when a man is charged with doing an act, of which the probable consequence may be highly injurious, the intention is an inference of law resulting from the doing the act. . . .

(*R. v. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516, at p. 517; approved, *per* Blackburn J., *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 375, and *per* Amphlett J.A., *R. v. Aspinall* (1876), 2 Q.B.D. 48, at p. 65.)

Stephen J. illustrated the principle in similar fashion in *R. v. Serné* (1887), 16 Cox 311, at p. 313:

. . . when a person began doing wicked acts for his own base purposes, he risked his own life as well as that of others. That kind of crime does not differ in any serious degree from one committed by using a deadly weapon, such as a bludgeon, a pistol, or a knife. If a man once begins attacking the human body in such a way, he must take the consequences if he goes further than he intended when he began.

The principle that if one engages in criminal behaviour, one is responsible for any unforeseen actions stemming from the unlawful act, has been a well-established tenet for most of this century in Canada, the U.S. and the U.K.: G. A. Martin, "Case Comment on *R. v. Larkin*" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503, at pp. 504-5; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119, at p. 127 (Ont. C.A.) (Lacourcière J.A.); *R. v. Tennant*, *supra*, at pp. 96-97; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522, at p. 529 (C.A.) (Laidlaw J.A.); *R. v. Adkins*, *supra*, at pp. 349-56; *R. v. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41 (C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.); see also *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250, at pp. 256-57 (N.S.C.A.) (Jones J.A.);

effet que l'agresseur doit prendre sa victime telle qu'elle est. Et c'est là un principe dont le juge en chef lord Ellenborough a traité il y a près de deux cents ans:

[TRADUCTION] Quiconque manie un article dangereux doit faire attention à la manière dont il s'y prend, car, s'il ne fait pas preuve de la prudence nécessaire, il se verra tenu pour responsable [ . . . ] [I]l est un principe universel qui veut que, quand un homme est accusé d'un acte dont la conséquence probable risque d'être hautement préjudiciable, l'intention se dégage, par voie d'inférence de droit, de la perpétration de l'acte. . . .

(*R. c. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516, à la p. 517; décision approuvée par le juge Blackburn dans *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 375, et par le juge Amphlett dans *R. c. Aspinall* (1876), 2 Q.B.D. 48, à la p. 65.)

Le juge Stephen a donné une illustration analogue du principe dans l'affaire *R. c. Serné* (1887), 16 Cox 311, à la p. 313:

[TRADUCTION] . . . quand une personne commence à commettre des actes méchants à ses viles fins personnelles, il met en jeu sa propre vie ainsi que celle d'autrui. Ce type de crime ne présente aucune différence marquée d'avec celui commis par l'emploi d'une arme meurtrière, comme une matraque, un pistolet ou un couteau. L'homme qui en attaque un autre en se servant d'une telle arme doit en supporter les conséquences s'il va plus loin qu'il n'en avait eu l'intention au départ.

Le principe selon lequel la personne qui se livre à une conduite criminelle est responsable de tout acte imprévu résultant de l'acte illégal a été bien établi au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni pendant la majeure partie de notre siècle: G. A. Martin, «Case Comment on *R. v. Larkin*» (1943), 21 *R. du B. can.* 503, aux pp. 504 et 505; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119, à la p. 127 (C.A. Ont.) (le juge Lacourcière); *R. c. Tennant*, précité, aux pp. 96 et 97; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522, à la p. 529 (C.A.) (le juge Laidlaw); *R. c. Adkins*, précité, aux pp. 349 à 356; *R. c. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41 (C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.); voir aussi *R. c. Fraser* (1984), 16 C.C.C.

W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law*, vol. 2 (1986), at pp. 286-99. For the American position, see *United States v. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955) (C.M.A.); *Tucker v. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson v. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge v. State*, 41 Ariz. 48 (1932).

In *Smithers v. The Queen*, *supra*, at pp. 521-22, Dickson J., writing for a unanimous Court, confirmed this principle:

It is a well-recognized principle that one who assaults another must take his victim as he finds him. . . .

Although causation in civil cases differs from that in a criminal case, the "thin skulled man" may appear in the criminal law as in the civil law. . . . Even if the unlawful act, alone, would not have caused the death, it was still a legal cause so long as it contributed in some way to the death.

The thin-skull rule is a good and useful principle. It requires aggressors, once embarked on their dangerous course of conduct which may foreseeably injure others, to take responsibility for all the consequences that ensue, even to death. That is not, in my view, contrary to fundamental justice. Yet the consequence of adopting the amendment proposed by the Chief Justice would be to abrogate this principle in cases of manslaughter.

In fact, when manslaughter is viewed in the context of the thin-skull principle, the disparity diminishes between the *mens rea* of the offence and its consequence. The law does not posit the average victim. It says the aggressor must take the victim as he finds him. Wherever there is a risk of harm, there is also a practical risk that some victims may die as a result of the harm. At this point, the test of harm and death merge.

(3d) 250, aux pp. 256 et 257 (C.A.N.-É.) (le juge Jones); W. R. LaFave et A. W. Scott, *Substantive Criminal Law*, vol. 2 (1986), aux pp. 286 à 299. Pour le point de vue américain, voir *United States c. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955) (C.M.A.); *Tucker c. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson c. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge c. State*, 41 Ariz. 48 (1932).

Dans l'arrêt *Smithers c. La Reine*, précité, aux pp. 521 et 522, le juge Dickson, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a confirmé ce principe:

C'est un principe bien connu que celui qui commet des voies de fait sur une autre personne doit prendre sa victime comme il la trouve. . . .

Bien que la causalité diffère dans les affaires civiles et les affaires criminelles, on peut rencontrer «l'homme au crâne fragile» en droit criminel comme en matières civiles. [. . .] Même si l'acte illégal n'avait pas à lui seul causé la mort, il en constituerait quand même une cause juridique dès lors qu'il y avait contribué de quelque façon.

Le principe de la vulnérabilité de la victime est à la fois bon et utile. Il oblige les agresseurs, une fois lancés dans une conduite dangereuse qui pourra d'une manière prévisible causer des blessures à autrui, à endosser la responsabilité de toutes les conséquences, y compris la mort. Voilà qui, selon moi, ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Pourtant, l'adoption de la modification que propose le Juge en chef entraînerait l'abrogation de ce principe dans les cas d'homicide involontaire coupable.

En fait, quand on considère l'homicide involontaire coupable dans le contexte du principe de la vulnérabilité de la victime, la disproportion entre la *mens rea* de l'infraction et les conséquences de sa perpétration s'amointrit. Le droit n'envisage pas la victime moyenne. La règle veut en effet que l'agresseur doive prendre la victime telle qu'elle est. Du moment qu'il y a risque de préjudice corporel, il existe en même temps le risque pratique que certaines victimes ne meurent par suite de ce préjudice. C'est là que se confondent le critère du préjudice et celui de la mort.

The second assumption inherent in the argument based on symmetry between *mens rea* and each consequence of the offence is that this is not only a general rule of criminal law, but a principle of fundamental justice—a basic constitutional requirement. I agree that as a general rule the *mens rea* of an offence relates to the consequences prohibited by the offence. As I stated in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 17, “[t]ypically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*.” Yet our criminal law contains important exceptions to this ideal of perfect symmetry. The presence of these exceptions suggests that the rule of symmetry is just that—a rule—to which there are exceptions. If this is so, then the rule cannot be elevated to the status of a principle of fundamental justice which must, by definition, have universal application.

It is important to distinguish between criminal law theory, which seeks the ideal of absolute symmetry between *actus reus* and *mens rea*, and the constitutional requirements of the *Charter*. As the Chief Justice has stated several times, “the Constitution does not always guarantee the ‘ideal’” (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 186; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, released concurrently, at p. 114).

I know of no authority for the proposition that the *mens rea* of an offence must always attach to the precise consequence which is prohibited as a matter of constitutional necessity. The relevant constitutional principles have been cast more broadly. No person can be sent to prison without *mens rea*, or a guilty mind, and the seriousness of the offence must not be disproportionate to the degree of moral fault. Provided an element of mental fault or moral culpability is present, and provided that it is proportionate to the seriousness

L’argument fondé sur la correspondance entre la *mens rea* et chacune des conséquences de l’infraction suppose en second lieu qu’il s’agit non pas simplement d’une règle générale de droit criminel, mais d’un principe de justice fondamentale—d’une exigence constitutionnelle de base. Je conviens qu’en règle générale la *mens rea* d’une infraction se rapporte aux conséquences interdites de sa perpétration. Comme je le dis dans l’arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 17: «[h]abituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé.» Il reste cependant que notre droit criminel renferme d’importantes exceptions à cet idéal de correspondance parfaite, exceptions qui, de par leur existence, indiquent que la règle de la correspondance n’est rien de plus ni de moins que cela—une règle—qui comporte certaines exceptions. S’il en est ainsi, on ne saurait élever cette règle au rang d’un principe de justice fondamentale qui, par définition, doit s’appliquer universellement.

Il importe de faire une distinction entre la théorie du droit criminel, qui recherche l’idéal d’une correspondance absolue entre l’*actus reus* et la *mens rea*, et les exigences constitutionnelles que pose la *Charte*. Ainsi que l’a dit à plusieurs reprises le Juge en chef, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»» (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 186; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, rendu simultanément, à la p. 114).

À ma connaissance, rien n’appuie la proposition selon laquelle la *mens rea* d’une infraction doit toujours, par nécessité constitutionnelle, se rattacher à la conséquence précise prohibée. Les principes constitutionnels applicables sont de portée plus générale. Nul ne peut se voir infliger une peine d’emprisonnement en l’absence de *mens rea* ou d’une intention coupable, et il ne doit pas y avoir de disproportion entre la gravité de l’infraction et le degré de faute morale. Pourvu qu’il existe un élément de faute morale ou de culpabilité morale et à condition que cette faute ou culpabilité soit proportionnelle à la gravité et aux consé-

and consequences of the offence charged, the principles of fundamental justice are satisfied.

The principles of fundamental justice, viewed thus, empower Parliament to recognize that, notwithstanding the same level of moral fault, some offences may be more or less serious, depending on the consequences of the culpable act. As Macdonald J.A. put it in *R. v. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157 (B.C.C.A.), at p. 161:

Our criminal law has always recognized that the consequences of an unlawful act may affect the degree of culpability. The most noteworthy examples are attempts. They are always regarded less seriously than commission of the full offence. But the moral blameworthiness is identical.

Thus it cannot be said that the law in all circumstances insists on absolute symmetry between the *mens rea* and the consequences of the offence. Sometimes it does not insist on the consequences at all, as in crimes of attempts. Sometimes, as in unlawful act manslaughter, it elevates the crime by reason of its serious consequences while leaving the mental element the same.

Just as it would offend fundamental justice to punish a person who did not intend to kill for murder, so it would equally offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable. Consequences can be important. As Sopinka J. put it in *R. v. DeSousa* (at pp. 966-67):

quences de l'infraction en question, les principes de justice fondamentale auront été respectés.

Ainsi considérés, les principes de justice fondamentale habilite le législateur fédéral à reconnaître qu'en dépit de l'égalité de faute morale, certaines infractions peuvent être plus ou moins graves, selon les conséquences de l'acte coupable. Comme l'a dit le juge Macdonald dans l'arrêt *R. c. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157 (C.A.C.-B.), à p. 161:

[TRADUCTION] Notre droit criminel a toujours reconnu que les conséquences d'un acte illégal peuvent influencer sur le degré de culpabilité. Les exemples les plus notables sont les tentatives de commettre des infractions. La tentative est toujours tenue pour moins grave que la perpétration effective de l'infraction. La culpabilité morale est cependant identique.

On ne saurait donc affirmer qu'une correspondance absolue entre la *mens rea* et les conséquences de l'infraction s'impose en droit dans toutes les circonstances. Parfois, pour les crimes de tentative, par exemple, aucune importance n'est attachée aux conséquences. Parfois aussi, comme dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, la gravité de l'infraction est augmentée en raison de la gravité de ses conséquences, quoique l'élément moral demeure inchangé.

De même que ce serait choquer la justice fondamentale que de frapper de la peine prévue pour le meurtre une personne qui n'a pas eu l'intention de commettre d'homicide, de même, ce serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d'homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n'était pas prévisible. Les conséquences peuvent être importantes. Ainsi que l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, précité, aux pp. 966 et 967:



No principle of fundamental justice prevents Parliament from treating crimes with certain consequences as more serious than crimes which lack those consequences.

Aucun principe de justice fondamentale n'empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n'en entraînent pas.

a

Conduct may fortuitously result in more or less serious consequences depending on the circumstances in which the consequences arise. The same act of assault may injure one person but not another. The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused. This is reflected in the creation of higher maximum penalties for offences with more serious consequences. Courts and legislators acknowledge the harm actually caused by concluding that in otherwise equal cases a more serious consequence will dictate a more serious response.

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent. La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. Ce principe s'exprime par la condamnation à des peines maximales plus sévères dans le cas des infractions dont les conséquences sont plus graves. Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant que, pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse.

Thus when considering the constitutionality of the requirement of foreseeability of bodily harm, the question is not whether the general rule of symmetry between *mens rea* and the consequences prohibited by the offence is met, but rather whether the fundamental principle of justice is satisfied that the gravity and blameworthiness of an offence must be commensurate with the moral fault engaged by that offence. Fundamental justice does not require absolute symmetry between moral fault and the prohibited consequences. Consequences, or the absence of consequences, can properly affect the seriousness with which Parliament treats specified conduct.

Donc, en se penchant sur la constitutionnalité de l'exigence de la prévisibilité de lésions corporelles, on doit se demander non pas si la règle générale de la correspondance entre la *mens rea* et les conséquences prohibées de l'infraction a été respectée, mais bien s'il y a conformité avec le principe de justice fondamentale selon lequel la gravité et le caractère blâmable d'une infraction doivent correspondre à la faute morale liée à cette infraction. La justice fondamentale n'exige pas la symétrie absolue de la faute morale et des conséquences prohibées. Les conséquences, ou leur absence, peuvent légitimement avoir une incidence sur la gravité que prête le législateur à une conduite déterminée.

### 3. Policy Considerations

I have suggested that jurisprudential and historic considerations confirm a test for the *mens rea* of manslaughter based on foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death. I have also argued that the considerations of the gravity of the offence and symmetry between the *mens rea* of the offence and its consequences do not entail the conclusion that the offence of manslaughter as it has been historically defined in terms of foreseeability of the risk of bodily harm is unconstitutional. It is my view that policy considerations support the same

### 3. Considérations de principe

J'ai déjà indiqué que certaines considérations d'ordre jurisprudentiel et historique viennent confirmer, pour la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable, un critère fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort. J'ai soutenu également que les considérations que sont la gravité de l'infraction et la correspondance entre la *mens rea* de l'infraction et ses conséquences ne mènent pas à conclure à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable telle qu'elle a été historiquement définie

conclusion. In looking at whether a long-standing offence violates the principles of fundamental justice it is not amiss, in my view, to look at such considerations.

First, the need to deter dangerous conduct which may injure others and in fact may kill the peculiarly vulnerable supports the view that death need not be objectively foreseeable, only bodily injury. To tell people that if they embark on dangerous conduct which foreseeably may cause bodily harm which is neither trivial or transient, and which in fact results in death, they will not be held responsible for the death but only for aggravated assault, is less likely to deter such conduct than a message that they will be held responsible for the death, albeit under manslaughter not murder. Given the finality of death and the absolute unacceptability of killing another human being, it is not amiss to preserve the test which promises the greatest measure of deterrence, provided the penal consequences of the offence are not disproportionate. This is achieved by retaining the test of foreseeability of bodily harm in the offence of manslaughter.

Second, retention of the test based on foreseeability of bodily harm accords best with our sense of justice. I have earlier alluded to the view, attested to by the history of the offence of manslaughter, that causing the death of another through negligence or a dangerous unlawful act should be met by a special sanction reflecting the fact that a death occurred, even though death was not objectively foreseeable. This is supported by the sentiment that a person who engages in dangerous conduct that breaches the bodily integrity of another and puts that person at risk may properly be held responsible for an unforeseen death attributable to

en fonction de la prévisibilité du risque de lésions corporelles. À mon avis, cette même conclusion est appuyée par des considérations de principe. En examinant si une infraction qui existe depuis longtemps va à l'encontre des principes de justice fondamentale, il n'est pas déplacé de tenir compte de ces considérations.

Premièrement, la nécessité de décourager une conduite dangereuse susceptible de nuire à autrui et qui risque en réalité d'entraîner la mort de personnes particulièrement vulnérables vient étayer le point de vue selon lequel il n'est pas nécessaire que la mort soit objectivement prévisible, seules les lésions corporelles devant l'être. Si l'on dit aux gens que, s'ils adoptent une conduite dangereuse qui pourra, de façon prévisible, causer des lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère et qui entraîne en fait la mort, ils ne seront pas tenus responsables de la mort mais seulement de voies de fait graves, il est probable que cela les dissuaderait moins d'avoir une telle conduite que si on leur faisait comprendre qu'ils auront à répondre de la mort, bien que celle-ci soit qualifiée d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre. Vu le caractère irréversible de la mort et étant donné qu'il est tout à fait inadmissible d'ôter la vie à un autre être humain, il y a lieu de conserver le critère qui offre le plus de dissuasion, pourvu que les conséquences pénales de l'infraction ne soient pas disproportionnées. Il convient donc de garder pour l'infraction d'homicide involontaire coupable le critère de la prévisibilité de lésions corporelles.

Deuxièmement, conserver le critère fondé sur la prévisibilité de lésions corporelles s'accorde le mieux avec notre sens de la justice. J'ai déjà évoqué le point de vue, confirmé par les antécédents de l'infraction d'homicide involontaire coupable, suivant lequel le fait de causer la mort d'autrui soit par négligence, soit au moyen d'un acte illégal dangereux, devrait entraîner une sanction spéciale traduisant la réalité qu'une personne a perdu la vie, même si sa mort n'était pas objectivement prévisible. Il s'agit là d'un point de vue que vient appuyer le sentiment que quiconque se livre à une conduite dangereuse qui porte atteinte à l'inté-

that person's peculiar vulnerability; the aggressor takes the victim as he finds him. The criminal law must reflect not only the concerns of the accused, but the concerns of the victim and, where the victim is killed, the concerns of society for the victim's fate. Both go into the equation of justice.

Finally, the traditional test founded on foreseeability of the risk of bodily harm provides, in my belief, a workable test which avoids troubling judges and juries about the fine distinction between foreseeability of the risk of bodily injury and foreseeability of the risk of death—a distinction which, as argued earlier, reduces to a formalistic technicality when put in the context of the thin-skull rule and the fact that death has in fact been inflicted by the accused's dangerous act. The traditional common law test permits a principled approach to the offence which meets the concerns of society, provides fairness to the accused, and facilitates a just and workable trial process.

#### 4. *Summary on the Constitutionality of the Test of Foresight of Bodily Harm for Manslaughter*

The foregoing considerations lead me to conclude that the fact that the *mens rea* of manslaughter requires foreseeable risk of harm rather than foreseeable risk of death does not violate the principles of fundamental justice. In the final analysis, the moral fault required for manslaughter is commensurate with the gravity of the offence and the penalties which it entails, and offends no principle of fundamental justice. The next issue is the nature

grité physique d'une autre personne et qui expose celle-ci à un risque peut à bon droit être jugé responsable de la mort imprévue imputable à la vulnérabilité particulière de cette personne; l'agresseur prend la victime telle qu'elle est. Le droit criminel se doit de tenir compte non seulement des préoccupations de l'accusé, mais aussi de celles de la victime et, lorsque cette dernière a été tuée, de celles de la société à l'égard du sort de la victime. Chacun de ces ordres de préoccupations doit peser dans la balance de la justice.

En dernier lieu, le critère traditionnel fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles constitue, à mon sens, un critère pratique qui évite aux juges et aux jurés d'avoir à se préoccuper de la distinction subtile entre la prévisibilité du risque de lésions corporelles et la prévisibilité du risque de mort, distinction qui, comme je l'ai fait valoir précédemment, se ramène à du pur formalisme quand on la place dans le contexte de la règle de la vulnérabilité de la victime et quand on tient compte du fait que la mort a en réalité été causée par l'acte dangereux de l'accusé. Le critère traditionnel de la common law permet d'adopter relativement à l'infraction en question une approche fondée sur les principes qui répond aux préoccupations de la société, qui assure l'équité à l'accusé et qui offre de meilleures possibilités d'un processus d'instruction qui soit juste et qui en même temps fonctionne bien.

#### 4. *Résumé de l'analyse de la constitutionnalité du critère de la prévisibilité de lésions corporelles dans le cas de l'homicide involontaire coupable*

L'analyse qui précède m'amène à conclure qu'il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale qui résulte de ce que la *mens rea* en matière d'homicide involontaire coupable exige la prévisibilité d'un risque de préjudice plutôt que la prévisibilité d'un risque de mort. En dernière analyse, la faute morale requise dans le cas de l'homicide involontaire coupable est proportionnelle à la gravité de l'infraction et aux peines qu'elle entraîne, et elle ne choque aucun principe de justice fondamentale. Se pose donc ensuite la question de la nature du critère objectif servant à établir

of the objective test establishing foresight of bodily harm, to which I now turn.

### B. The Nature of the Objective Test

I respectfully differ from the Chief Justice on the nature of the objective test used to determine the *mens rea* for crimes of negligence. In my view, the approach advocated by the Chief Justice personalizes the objective test to the point where it devolves into a subjective test, thus eroding the minimum standard of care which Parliament has laid down by the enactment of offences of manslaughter and penal negligence.

By way of background, it may be useful to restate what I understand the jurisprudence to date to have established regarding crimes of negligence and the objective test. The *mens rea* of a criminal offence may be either subjective or objective, subject to the principle of fundamental justice that the moral fault of the offence must be proportionate to its gravity and penalty. Subjective *mens rea* requires that the accused have intended the consequences of his or her acts, or that knowing of the probable consequences of those acts, the accused have proceeded recklessly in the face of the risk. The requisite intent or knowledge may be inferred directly from what the accused said or says about his or her mental state, or indirectly from the act and its circumstances. Even in the latter case, however, it is concerned with "what was actually going on in the mind of this particular accused at the time in question": L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Martineau*, *supra*, at p. 655, quoting Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at p. 121.

Objective *mens rea*, on the other hand, is not concerned with what the accused intended or knew. Rather, the mental fault lies in failure to direct the mind to a risk which the reasonable person would have appreciated. Objective *mens rea* is not concerned with what was actually in the accused's mind, but with what should have been there, had the accused proceeded reasonably.

la prévision de lésions corporelles, et c'est cette question que j'aborde maintenant.

### B. La nature du critère objectif

<sup>a</sup> En toute déférence, je ne partage pas l'avis du Juge en chef sur la nature du critère objectif employé pour déterminer la *mens rea* dans le cas de crimes de négligence. À mon avis, la méthode <sup>b</sup> que préconise le Juge en chef personnalise le critère objectif à un point tel qu'il se transforme en critère subjectif, ce qui a pour conséquence de miner la norme minimale de diligence qu'a prescrite le législateur en prévoyant des infractions <sup>c</sup> d'homicide involontaire coupable et de négligence pénale.

Il pourrait être utile en guise d'entrée en matière <sup>d</sup> de répéter ce que dit, d'après moi, la jurisprudence relativement aux crimes de négligence et au critère objectif. La *mens rea* se rattachant à une infraction criminelle peut être subjective ou objective, sous réserve du principe de justice fondamentale qui <sup>e</sup> veut que la faute morale liée à cette infraction soit proportionnelle à la gravité de celle-ci et à la peine qui la sanctionne. La *mens rea* subjective exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face <sup>f</sup> au risque. L'intention ou la connaissance requises peuvent s'inférer directement des dires de l'accusé concernant son état d'esprit, ou indirectement de <sup>g</sup> l'acte et des circonstances l'entourant. Même dans ce dernier cas, toutefois, ce qui compte c'est «ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause»: le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. Martineau*, *précité*, à la p. 655, citant Stuart, *Canadian Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1987), à la p. 121.

Dans le cas de la *mens rea* objective, par contre, les intentions de l'accusé et ce qu'il savait n'entrent nullement en ligne de compte. Au contraire, <sup>i</sup> la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte. La *mens rea* objective n'a rien à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans <sup>j</sup> l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement.

It is now established that a person may be held criminally responsible for negligent conduct on the objective test, and that this alone does not violate the principle of fundamental justice that the moral fault of the accused must be commensurate with the gravity of the offence and its penalty: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

However, as stated in *Martineau*, it is appropriate that those who cause harm intentionally should be punished more severely than those who cause harm inadvertently. Moreover, the constitutionality of crimes of negligence is also subject to the caveat that acts of ordinary negligence may not suffice to justify imprisonment: *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570. To put it in the terms used in *Hundal*, the negligence must constitute a “marked departure” from the standard of the reasonable person. The law does not lightly brand a person as a criminal. For this reason, I am in agreement with the Chief Justice in *R. v. Finlay*, *supra*, that the word “careless” in an underlying firearms offence must be read as requiring a marked departure from the constitutional norm.

It follows from this requirement, affirmed in *Hundal*, that in an offence based on unlawful conduct, a predicate offence involving carelessness or negligence must also be read as requiring a “marked departure” from the standard of the reasonable person. As pointed out in *DeSousa*, the underlying offence must be constitutionally sound.

To this point, the Chief Justice and I are not, as I perceive it, in disagreement. The difference between our approaches turns on the extent to which personal characteristics of the accused may affect liability under the objective test. Here we enter territory in large part uncharted. To date, debate has focused on whether an objective test for *mens rea* is ever available in the criminal law; little

Il est maintenant établi qu’une personne peut, sur le fondement du critère objectif, voir sa responsabilité criminelle engagée pour une conduite négligente, sans qu’il n’y ait de ce seul fait violation du principe de justice fondamentale selon lequel la faute morale de l’accusé doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et à la peine qui s’y rattache: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Toutefois, comme il a été dit dans l’arrêt *Martineau*, il convient que celui qui cause intentionnellement un préjudice soit puni plus sévèrement qu’une personne qui le fait inconsciemment. D’autre part, la constitutionnalité des crimes de négligence est également soumise à une restriction, à savoir que les actes de négligence ordinaire peuvent ne pas suffire pour justifier l’emprisonnement: *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570. Pour reprendre la formule employée dans l’arrêt *Hundal*, il doit s’agir d’une négligence qui constitue un «écart marqué» par rapport à la norme d’une personne raisonnable. En droit, nul n’est inconsidérément qualifié de criminel. C’est pourquoi je partage l’avis du Juge en chef, qui a dit dans l’arrêt *R. c. Finlay*, précité, que le mot «négligente» figurant dans l’énoncé d’une infraction sous-jacente liée aux armes à feu doit s’interpréter comme exigeant un écart marqué par rapport à la norme constitutionnelle.

De cette exigence, confirmée dans l’arrêt *Hundal*, il découle que, dans le cas d’une infraction fondée sur une conduite illégale, une infraction sous-jacente comportant un élément de négligence doit également être interprétée comme nécessitant un «écart marqué» par rapport à la norme de la personne raisonnable. Comme on le précise dans l’arrêt *DeSousa*, l’infraction sous-jacente doit être constitutionnellement valide.

Jusqu’ici, je ne crois pas que le Juge en chef et moi soyons en désaccord. La différence entre nos points de vue respectifs tient en fait à la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles de l’accusé peuvent influencer sur la responsabilité selon le critère objectif. Et là nous nous aventurons sur un terrain en grande partie inexploré. Jusqu’à maintenant, le débat a porté sur la question de

has been said about how, assuming it is applicable, it is to be applied. In *R. v. Hundal, supra*, it was said that the *mens rea* of dangerous driving should be assessed objectively in the context of all the events surrounding the incident. But the extent to which those circumstances include personal mental or psychological frailties of the accused was not explored in depth. In these circumstances, we must begin with the fundamental principles of criminal law.

### *Underlying Principles*

The debate about the degree to which personal characteristics should be reflected in the objective test for fault in offences of penal negligence engages two fundamental concepts of criminal law.

The first concept is the notion that the criminal law may properly hold people who engage in risky activities to a minimum standard of care, judged by what a reasonable person in all the circumstances would have done. This notion posits a uniform standard for all persons engaging in the activity, regardless of their background, education or psychological disposition.

The second concept is the principle that the morally innocent not be punished (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, reasons of Lamer C.J. at p. 93). This principle is the foundation of the requirement of criminal law that the accused must have a guilty mind, or *mens rea*.

I agree with the Chief Justice that the rule that the morally innocent not be punished in the context of the objective test requires that the law refrain from holding a person criminally responsi-

savoir s'il peut jamais y avoir lieu d'appliquer en droit criminel un critère objectif pour déterminer la *mens rea*. Pour ce qui est du mode d'application, à supposer que le critère soit en effet applicable, il n'en a guère été fait mention. Dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité, on a dit que la *mens rea* que comporte la conduite dangereuse d'une automobile devrait s'apprécier objectivement dans le contexte de tous les événements entourant l'incident en cause. La question de savoir jusqu'à quel point ces circonstances comprennent les faiblesses mentales ou psychologiques propres à l'accusé n'a toutefois pas fait l'objet d'une étude approfondie. Cela étant, il nous faut commencer par examiner les principes fondamentaux du droit criminel.

### *Les principes sous-jacents*

Deux concepts fondamentaux du droit criminel sont mis en jeu dans le débat sur la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles devraient se refléter dans le critère objectif servant à déterminer la faute pour les infractions de négligence pénale.

Suivant le premier de ces concepts, quiconque se livre à des activités risquées peut légitimement se voir soumis en droit criminel à une norme minimale de diligence établie en fonction de ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. Ce concept suppose une norme uniforme applicable à toutes les personnes qui se livrent à une activité donnée, indépendamment de leurs antécédents, de leur degré d'instruction ou de leur état psychologique.

Le second concept est celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, motifs du juge en chef Lamer, à la p. 93). C'est sur ce principe que repose l'exigence en droit criminel que l'accusé ait un esprit coupable (*mens rea*).

Je conviens avec le Juge en chef que la règle s'opposant à la punition des personnes moralement innocentes exige dans le contexte du critère objectif qu'une personne ne soit pas jugée responsable

ble if he or she is not capable of appreciating the risk. Where I differ from the Chief Justice is in his designation of the sort of educational, experiential and so-called "habitual" factors personal to the accused which can be taken into account. The Chief Justice, while in principle advocating a uniform standard of care for all, in the result seems to contemplate a standard of care which varies with the background and predisposition of each accused. Thus an inexperienced, uneducated, young person, like the accused in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 22, could be acquitted, even though she does not meet the standard of the reasonable person (reasons of the Lamer C.J., at pp. 145-46). On the other hand, a person with special experience, like Mr. Creighton in this case, or the appellant police officer in *R. v. Gosset, supra*, will be held to a higher standard than the ordinary reasonable person.

I must respectfully dissent from this extension of the objective test for criminal fault. In my view, considerations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for such offences, subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails.

This principle that the criminal law will not convict the morally innocent does not, in my view, require consideration of personal factors short of incapacity. The criminal law, while requiring mental fault as an element of a conviction, has steadfastly rejected the idea that a person's personal characteristics can (short of incapacity) excuse the person from meeting the standard of conduct imposed by the law.

Wilson J. made this point in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. In response to the argument posited by Professor George P. Fletcher ("The Individualization of Excusing Conditions" (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269) that some accused

en droit criminel si elle est incapable d'apprécier le risque. Là où je suis en désaccord avec le Juge en chef c'est relativement à sa désignation du type de facteurs liés à l'instruction et à l'expérience et de facteurs dits «habituels» propres à l'accusé, qu'il est permis de prendre en considération. Le Juge en chef, préconisant en principe une norme de diligence uniforme pour tous, semble en définitive envisager une norme de diligence qui varie selon les antécédents et les prédispositions de l'accusé. Ainsi, une personne inexpérimentée, peu instruite et jeune, comme l'accusée dans l'affaire *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 22, pourrait être acquittée, même si elle n'a pas respecté la norme de la personne raisonnable (motifs du juge en chef Lamer, aux pp. 145 et 146). Par ailleurs, une personne ayant à son actif une expérience particulière, comme c'est le cas de M. Creighton en l'espèce ou du policier appelant dans l'affaire *R. c. Gosset*, précité, se verra soumise à une norme plus sévère que celle de la personne raisonnable ordinaire.

Avec égards, je ne puis admettre cet élargissement du critère objectif en matière de faute criminelle. À mon avis, des considérations de principe et d'intérêt public commandent le maintien, pour le genre d'infractions dont il est question, d'une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l'incapacité à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question.

Ce principe selon lequel une personne morale-ment innocente ne doit pas être reconnue coupable en droit criminel n'oblige pas, d'après moi, à tenir compte de facteurs personnels qui ne constituent pas une incapacité. En droit criminel, bien que la faute morale soit requise à titre d'élément fondant une déclaration de culpabilité, on a systématiquement rejeté l'idée que les caractéristiques personnelles (autres que l'incapacité) peuvent dispenser d'avoir à satisfaire à la norme de conduite prescrite par la loi.

C'est ce qu'a souligné le juge Wilson dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Répondant à l'argument, avancé par le professeur George P. Fletcher («The Individualization of Excusing Conditions» (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269), selon

should be acquitted on the basis that "I couldn't help myself", she wrote at pp. 270-71:

The underlying principle here is the universality of rights, that all individuals whose actions are subjected to legal evaluation must be considered equal in standing. Indeed, it may be said that this concept of equal assessment of every actor, regardless of his particular motives or the particular pressures operating upon his will, is so fundamental to the criminal law as rarely to receive explicit articulation. However, the entire premise expressed by such thinkers as Kant and Hegel that man is by nature a rational being, and that this rationality finds expression both in the human capacity to overcome the impulses of one's own will and in the universal right to be free from the imposition of the impulses and will of others (see Hegel, *Philosophy of Right* (trans. Knox, 1952), at pp. 226-27) supports the view that an individualized assessment of offensive conduct is simply not possible. If the obligation to refrain from criminal behaviour is perceived as a reflection of the fundamental duty to be rationally cognizant of the equal freedom of all individuals, then the focus of an analysis of *culpability* must be on the act itself (including its physical and mental elements) and not on the actor. The universality of such obligations precludes the relevance of what Fletcher refers to as "an individualized excusing condition". [Emphasis in original.]

The Chief Justice relies on Professor H. L. A. Hart in support of importing what Wilson J. calls "individualized excusing conditions" into the objective test for offences of manslaughter and penal negligence. In fact, Professor Hart sees the principle of preventing the punishment of the morally innocent as dictating only that people should not be punished when they lacked the capacity to appreciate the consequences of their conduct. He reasons that no one should be held blameworthy and punished for criminal conduct if he or she acted without free will (*Punishment and Responsibility* (1968), at pp. 35-40). He states that "the need to inquire into the 'inner facts' is dictated . . . by the moral principle that no one should be punished

lequel l'acquiescement de certains accusés devrait être prononcé sur le fondement de l'affirmation: «C'était plus fort que moi», le juge Wilson a écrit, à la p. 271:

Le principe fondamental qui entre en jeu ici est celui de l'universalité des droits, c'est-à-dire que toutes les personnes dont les actes sont soumis à l'examen judiciaire doivent être traitées sur le même pied. En fait, on peut dire que ce concept de l'appréciation égale qui fait abstraction des mobiles particuliers de l'auteur de l'acte ou des pressions particulières qui s'exerçaient sur sa volonté est à ce point primordial en droit criminel qu'il est rarement formulé explicitement. Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui (voir Hegel, *Philosophy of Right* (trad. en anglais par Knox, 1952) aux pp. 226 et 227), appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la *culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle [TRADUCTION] «une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse». [Italiques dans l'original.]

Le Juge en chef invoque le professeur H. L. A. Hart au soutien de l'inclusion, dans le critère objectif applicable aux infractions d'homicide involontaire coupable et de négligence pénale, de ce que le juge Wilson qualifie de «circonstance[s] qui peu[ven]t, dans un cas d'espèce, servir d'excuse». De fait, selon le professeur Hart, le principe de la prévention de la punition des personnes moralement innocentes exige simplement qu'une personne qui n'avait pas la capacité d'apprécier les conséquences de sa conduite ne se voie pas infliger une peine. Suivant son raisonnement, personne ne devrait être blâmé ni puni pour une conduite criminelle s'il n'a pas agi volontairement (*Punishment and Responsibility* (1968), aux pp. 35 à 40). Le



who could not help doing what he did" (p. 39) (emphasis added).

In summary, I can find no support in criminal theory for the conclusion that protection of the morally innocent requires a general consideration of individual excusing conditions. The principle comes into play only at the point where the person is shown to lack the capacity to appreciate the nature and quality or the consequences of his or her acts. Apart from this, we are all, rich and poor, wise and naive, held to the minimum standards of conduct prescribed by the criminal law. This conclusion is dictated by a fundamental proposition of social organization. As Justice Oliver Wendell Holmes wrote in *The Common Law* (1881), at p. 108: "when men live in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare."

The ambit of the principle that the morally innocent shall not be convicted has developed in large part in the context of crimes of subjective fault—crimes where the accused must be shown to have actually intended or foreseen the consequences of his or her conduct. In crimes of this type, personal characteristics of the accused have been held to be relevant only to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence. Since intention or knowledge of the risk is an element of such offences, personal factors can come into play. But beyond this, personal characteristics going to lack of capacity are considered under the introductory sections of the *Code* defining the conditions of criminal responsibility and have generally been regarded as irrelevant.

professeur Hart affirme que [TRADUCTION] «la nécessité de s'enquérir des «faits intérieurs» découle [. . .] du principe moral voulant qu'il n'y a pas lieu de punir quiconque n'a pu s'empêcher d'agir comme il l'a fait» (p. 39) (je souligne).

En résumé, je ne trouve dans la théorie du droit criminel rien qui appuie la conclusion que la protection des personnes moralement innocentes oblige à prendre en considération d'une manière générale les circonstances qui peuvent, dans un cas d'espèce, servir d'excuse. Le principe ne joue que s'il est démontré que la personne en question n'a pas la capacité de comprendre la nature et la qualité ou les conséquences de ses gestes. À cette seule exception près, nous sommes tous—riches et pauvres, sages et naïfs—tenus au respect des normes minimales de conduite prescrites par le droit criminel. C'est là une conclusion à laquelle nous astreint un principe fondamental de l'organisation sociale. Comme l'a écrit le juge Oliver Wendell Holmes dans *The Common Law* (1881), à la p. 108: [TRADUCTION] «lorsque les hommes vivent en société, une certaine norme de conduite, le sacrifice de particularités individuelles qui dépassent une certaine limite, s'imposent pour le bien collectif».

La portée du principe selon lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction a été dans une large mesure fixée dans le contexte de crimes de faute subjective—crimes pour lesquels il faut établir que l'accusé a en fait voulu ou prévu les conséquences de sa conduite. Pour ce type de crimes, les caractéristiques personnelles de l'accusé n'ont été jugées pertinentes que dans la mesure où elles tendent à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction. Comme l'intention ou la conscience du risque constitue un élément de ce genre d'infractions, les facteurs personnels peuvent alors entrer en jeu. Mais en dehors de ce cas, les caractéristiques personnelles tendant à établir l'incapacité sont pris en compte en vertu des articles liminaires du *Code*, où sont précisées les conditions de la responsabilité criminelle, et ces caractéristiques ont généralement été tenues pour non pertinentes.

What then is the situation for crimes of inadvertence? Here actual intention or knowledge is not a factor; hence personal characteristics are not admissible on that ground. Nor, in my view, can a case be made for considering them on any other basis, except in so far as they may show that the accused lacked the capacity to appreciate the risk. This appears to be the settled policy of the law, applied for centuries to offences involving manslaughter or penal negligence based on objectively assessed fault. Here, as in crimes of subjective intent, the courts have rejected the contention that the standard prescribed by the law should take into account the individual peculiarities of the accused, short of incapacity. Thus Dickson C.J. wrote in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, at pp. 324-25:

In considering the precise meaning and application of the ordinary person standard or objective test, it is important to identify its underlying *rationale*. Lord Simon of Glaisdale has perhaps stated it most succinctly when he suggested in *Camplin*, at p. 726, that "the reason for importing into this branch of the law the concept of the reasonable man [was] . . . to avoid the injustice of a man being entitled to rely on his exceptional excitability or pugnacity or ill-temper or on his drunkenness".

It is society's concern that reasonable and non-violent behaviour be encouraged that prompts the law to endorse the objective standard. The criminal law is concerned among other things with fixing standards for human behaviour. We seek to encourage conduct that complies with certain societal standards of reasonableness and responsibility. In doing this, the law quite logically employs the objective standard of the reasonable person.

Wilson J., writing in the same case at p. 352, added:

The underlying principles of equality and individual responsibility cannot be undermined by importing the accused's subjective level of self-control into the "ordinary person" test . . .

Qu'en est-il alors des crimes commis par inadvertance? Dans ce domaine, l'intention ou la connaissance effectives n'entrent pas en ligne de compte et, pour cette raison, les caractéristiques personnelles ne sont pas admissibles en preuve. On ne saurait non plus, à mon avis, soutenir que celles-ci devraient être prises en considération sur quelque autre fondement, sauf dans la mesure où elles peuvent servir à démontrer l'incapacité de l'accusé à apprécier le risque. Cette règle semble bien établie en droit, ayant été appliquée depuis des siècles aux infractions d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale fondées sur une faute déterminée selon un critère objectif. Dans ce cas, comme dans celui des crimes d'intention subjective, les tribunaux ont rejeté l'argument selon lequel la norme prescrite par la loi devrait tenir compte des particularités de l'accusé, autres que l'incapacité. Ainsi, le juge en chef Dickson a écrit dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, aux pp. 324 et 325:

Lorsqu'on examine la signification précise et l'application de la norme de la personne ordinaire ou du critère objectif, il est important d'en identifier la raison d'être sous-jacente. Lord Simon of Glaisdale l'a sans doute établi de la manière la plus succincte lorsqu'il a dit dans l'arrêt *Camplin*, à la p. 726 que [TRADUCTION] «le motif pour lequel on a introduit dans ce domaine du droit le concept de l'homme raisonnable [était] . . . d'éviter l'injustice imputable au fait qu'un homme puisse invoquer son caractère excitable ou querelleur exceptionnel, son mauvais caractère ou son état d'ébriété».

C'est la préoccupation qu'a la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie, entre autres choses, de fixer des normes au comportement humain. Nous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable.

Le juge Wilson ajoute, à la p. 352 du même arrêt:

On ne peut amoindrir les principes sous-jacents d'égalité et de responsabilité individuelle en incorporant le niveau subjectif de maîtrise de soi de l'accusé dans le critère de la «personne ordinaire».

To the principle of a uniform minimum standard for crimes having an objective test there is but one exception—incapacity to appreciate the risk. Justice Holmes, speaking of the failure to take reasonable care, put it this way (*supra*, at p. 109):

There are exceptions to the principle that every man is presumed to possess ordinary capacity to avoid harm to his neighbors, which illustrate the rule, and also the moral basis of liability in general. When a man has a distinct defect of such a nature that all can recognize it as making certain precautions impossible, he will not be held answerable for not taking them. [Emphasis added.]

Consistent with these principles, this Court has rejected experiential, educational and psychological defences falling short of incapacity. Thus it has excluded personal characteristics short of incapacity in considering the characteristics of the “ordinary person” for the defence of provocation for the offence of murder: *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *R. v. Hill*, *supra*, at pp. 335-36. One commentator sums up the non-exculpatory characteristics as follows: “Thus, the temperament, peculiar psychological make-up, unusual excitability or pugnaciousness of an accused person cannot be taken into account by the jury for the purpose of determining the level of self-control the accused should have shown. The ordinary person is none of these things” (M. Naeem Rauf, “The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man’s Attributes and Should the Test be Abolished” (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73, at p. 79).

To summarize, the fundamental premises upon which our criminal law rests mandate that personal characteristics not directly relevant to an element of the offence serve as excuses only at the point where they establish incapacity, whether the incapacity be the ability to appreciate the nature and quality of one’s conduct in the context of inten-

La règle d’une norme minimale uniforme pour les crimes auxquels s’applique un critère objectif ne connaît qu’une seule exception: l’incapacité à apprécier le risque. Le juge Holmes, en parlant de l’omission de faire preuve d’une diligence raisonnable, l’a exprimé dans les termes suivants, (*op. cit.*, à la p. 109):

[TRADUCTION] Le principe selon lequel chacun est présumé posséder la capacité ordinaire d’éviter de nuire à ses semblables souffre certaines exceptions, lesquelles viennent confirmer la règle ainsi que le fondement moral de la responsabilité en général. Quand un homme a un défaut particulier de telle nature que tous peuvent reconnaître qu’il rend impossibles certaines précautions, cet homme ne sera pas jugé responsable de l’omission de les prendre. [Je souligne.]

En accord avec ces principes, notre Cour a écarté les moyens de défense fondés sur l’inexpérience, le faible degré d’instruction et l’état psychologique lorsque ces facteurs n’allaient pas jusqu’à l’incapacité. Elle a donc exclu les caractéristiques personnelles qui n’allaient pas jusqu’à l’incapacité dans l’examen des caractéristiques de la «personne ordinaire» dans le contexte de la défense de provocation opposée à une accusation de meurtre: *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *R. c. Hill*, précité, aux pp. 335 et 336. Un commentateur résume ainsi les caractéristiques non disculpatoires: [TRADUCTION] «Donc, le tempérament, la constitution psychologique particulière et le caractère exceptionnellement excitable ou querelleur de l’accusé ne sauraient être pris en considération par le jury pour déterminer le degré de maîtrise de soi dont l’accusé aurait dû faire preuve. La personne ordinaire n’a aucune de ces caractéristiques» (M. Naeem Rauf, «The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man’s Attributes and Should the Test be Abolished» (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73, à la p. 79).

Pour résumer, les prémisses fondamentales sur lesquelles repose notre droit criminel commandent que les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l’infraction ne servent d’excuses que si elles établissent l’incapacité, que ce soit l’incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le con-

tional crimes, or the incapacity to appreciate the risk involved in one's conduct in the context of crimes of manslaughter or penal negligence. The principle that we eschew conviction of the morally innocent requires no more.

This test I believe to flow from the fundamental premises of our system of criminal justice. But drawing the line of criminal responsibility for negligent conduct at incapacity is also socially justifiable. In a society which licenses people, expressly or impliedly, to engage in a wide range of dangerous activities posing risk to the safety of other, it is reasonable to require that those choosing to undertake such activities and possessing the basic capacity to understand their danger take the trouble to exercise that capacity (see *R. v. Hundal, supra*). Not only does the absence of such care connote moral fault, but the sanction of the criminal law is justifiably invoked to deter others who choose to undertake such activities from proceeding without the requisite caution. Even those who lack the advantages of age, experience and education may properly be held to this standard as a condition of choosing to engage in activities which may maim or kill other innocent people.

The criminal law, as noted, is concerned with setting minimum standards of behaviour in defined circumstances. If this goal is to be achieved, the minimum cannot be lowered because of the frailties or inexperience of the accused, short of incapacity. The words of the Ontario Court of Appeal in *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, a civil case, at p. 413, are equally apposite to the criminal context. The question was whether a teenager riding a bike should be held to the standard of care of a reasonable adult. The Court (Howland C.J.O, Houlden, Morden, Robins and Tarnopolsky J.J.A.) stated: "it would be unfair and, indeed, dangerous to the public to permit [teenagers] in the

texte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale. C'est tout ce qu'exige le principe suivant lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction.

Ce critère découle, je crois, des prémisses fondamentales qui sous-tendent notre système de justice criminelle. Mais fixer l'incapacité comme limite de la responsabilité criminelle résultant d'une conduite négligente se justifie également sur le plan social. En effet, dans une société qui, expressément ou implicitement, autorise les gens à se livrer à une large gamme d'activités dangereuses qui risquent de compromettre la sécurité d'autrui, il est raisonnable d'exiger que les personnes qui choisissent de participer à ces activités et qui possèdent la capacité fondamentale d'en comprendre le danger se donnent la peine de se servir de cette capacité (voir l'arrêt *R. c. Hundal*, précité). Non seulement l'omission de ce faire dénote-t-elle une faute morale, mais c'est à bon droit que la sanction du droit criminel est appliquée afin de dissuader les autres personnes qui choisissent de se lancer dans de telles activités d'agir sans prendre les précautions qui s'imposent. Même ceux qui n'ont pas l'avantage de l'âge, de l'expérience et de l'instruction peuvent à juste titre être soumis à cette norme comme condition de l'exercice de leur choix de se livrer à des activités susceptibles d'estropier ou de tuer des gens innocents.

Le droit criminel, répétons-le, se préoccupe de l'établissement de normes minimales de conduite dans des circonstances déterminées. Ce but ne peut être atteint si le minimum est baissé en raison des faiblesses ou de l'inexpérience de l'accusé qui ne vont pas jusqu'à l'incapacité. À cet égard, sont tout aussi pertinentes dans le contexte pénal les observations faites par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire civile *McErlean c. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, à la p. 413. La question dans cette affaire était de savoir si un adolescent qui conduisait une motocyclette était tenu de respecter la même norme de diligence qu'un adulte raisonnable. La cour (le juge en chef Howland et les juges

operation of these power-driven vehicles to observe any lesser standard than that required of all other drivers of such vehicles. The circumstances of contemporary life require a single standard of care with respect to such activities.” (See *a* also *Dellwo v. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (Minn. 1961); Binchy, “The Adult Activities Doctrine in Negligence Law” (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.)

But the social justification for a uniform standard of care stops at the point of incapacity. Convicting and punishing a person who lacks the capacity to do what the law says he or she should have done serves no useful purpose. As Wilson J. explains in *Perka v. The Queen*, *supra*, at p. 273, the criminal law makes distinctions in situations where “punishment cannot on any grounds be justified”. Such situations mandate an acquittal, according to Wilson J., “because no purpose inherent to criminal liability and punishment—*i.e.* the setting right of a wrongful act—can be accomplished for an act which no rational person would avoid” (p. 273). For these reasons the criminal law does not assign liability where the accused’s culpable behaviour is caused by extrinsic factors beyond his or her control.

These considerations suggest that the practical as well as the theoretical concerns of the criminal law in the field of penal negligence are best served by insisting on a uniform standard of conduct for everyone, subject to cases where the accused was not capable of recognizing and avoiding the risk attendant on the activity in question. Beyond this, the standard should not be individualized by reason of the peculiar personal characteristics of the accused. The purpose of Parliament in creating an offence of objective foresight, as in manslaughter, is to stipulate a minimum standard which people engaged in the activity in question are expected to meet. If the standard is lowered by reason of the lack of experience, education, or the presence of

Houlden, Morden, Robins et Tarnopolsky) a dit: [TRADUCTION] «il serait injuste envers le public, voire dangereux, de permettre que [les adolescents] qui conduisent ces véhicules à moteur observent une norme moins sévère que celle à laquelle sont soumis tous les autres conducteurs de ces véhicules. Les réalités de la vie moderne nécessitent une seule norme de diligence pour de telles activités.» (Voir aussi *Dellwo c. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (Minn. 1961); Binchy, «The Adult Activities Doctrine in Negligence Law» (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.)

Mais la justification sociale d’une norme uniforme de diligence ne joue plus du moment qu’il y a une incapacité. En effet, il ne sert à rien de déclarer coupable et de punir une personne qui n’a pas la capacité de faire ce que, du point de vue juridique, elle aurait dû faire. Comme l’explique le juge Wilson dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, précité, à la p. 273, le droit criminel fait des distinctions dans des situations où «l’imposition d’une peine est complètement injustifiable». D’après le juge Wilson, l’acquiescement s’impose dans ces situations «parce qu’aucune fin inhérente à la responsabilité criminelle et à l’imposition d’une peine, c.-à-d. la réparation d’un acte mauvais, ne peut être réalisée pour un acte qu’aucune personne raisonnable n’éviterait de commettre» (p. 273). Pour ces raisons, le droit criminel n’impute aucune responsabilité si la conduite coupable de l’accusé a été causée par des facteurs extrinsèques indépendants de sa volonté.

Il semble ressortir de ces considérations que la meilleure façon de tenir compte des préoccupations tant pratiques que théoriques du droit criminel dans le domaine de la négligence pénale consiste à imposer à tous une norme uniforme de conduite, sauf dans les cas où l’accusé n’avait pas la capacité de reconnaître et d’éviter le risque que comportait l’activité en question. Ces cas mis à part, il ne faut pas individualiser la norme en prenant en considération les caractéristiques personnelles particulières à l’accusé. En créant une infraction nécessitant une prévision objective, comme l’homicide involontaire coupable, le législateur visait à fixer une norme minimale que sont censées respecter les personnes qui se livrent à

some other “personal characteristic” of the accused, the minimum standard which the law imposes on those engaging in the activity in question will be eroded. The objective test inevitably is transformed into a subjective test, violating the wise admonition in *R. v. Hundal*, *supra*, that there should be a clear distinction in the law between subjective and objective standards, and negating the legislative goal of a minimum standard of care for all those who choose to engage in criminally dangerous conduct (*per* Cory J. at p. 883; *per* McLachlin J. at p. 873).

I digress at this point to consider in more detail the concept of incapacity to appreciate the risk attendant on one’s conduct. It may be that this is the real point of divergence between the Chief Justice’s views and those which I have attempted to articulate. The Chief Justice moves from the proposition that incapacity to appreciate the risk of the activity in question should serve as a defence, which I accept, to the conclusion that the standard of care applicable in a particular case should be moved up or down, according to the educational, experiential and other ‘habitual’ characteristics of the accused. Some of the language employed suggests that all the accused’s personal characteristics—not only those related to incapacity to assess the risk—should be considered in determining whether he or she is guilty. The Chief Justice refers, for example to the test of “a reasonable person who possesses all of the accused’s limitations” (p. 31), and to “the reasonable person with the accused’s make-up” (p. 31). These conclusions and statements, it seems to me, go far beyond incapacity to appreciate the risk entailed by particular conduct, to suggest a broader, actor-oriented approach to criminal liability which this Court has repeatedly disavowed.

l’activité en question. Si la norme est abaissée en raison du manque d’expérience ou d’instruction ou à cause de quelque autre «caractéristique personnelle» de l’accusé, cela aura pour effet de saper le minimum que la loi impose à ceux qui participent à cette activité. Le critère objectif sera alors inévitablement transformé en critère subjectif, ce qui heurte de front la sage recommandation, formulée dans l’arrêt *R. c. Hundal*, précité, qu’il convient en droit de faire une distinction nette entre les normes subjective et objective, et qui contrecarre l’objectif législatif d’une norme de diligence minimale pour tous ceux qui choisissent de se livrer à une conduite criminellement dangereuse (le juge Cory, à la p. 883; le juge McLachlin, à la p. 873).

Je me permets ici une digression afin d’examiner plus à fond le concept de l’incapacité d’une personne d’apprécier le risque inhérent à sa conduite. Il se peut que ce soit précisément là que les opinions du Juge en chef divergent de celles que j’ai tenté de formuler. Partant de la proposition, que j’admets d’ailleurs, selon laquelle l’incapacité d’apprécier le risque que comporte l’activité en question devrait constituer un moyen de défense, le Juge en chef conclut que la norme de diligence dans un cas d’espèce doit s’appliquer plus ou moins strictement selon le degré d’instruction, l’expérience et d’autres caractéristiques «habituelles» de l’accusé. Certains termes employés semblent indiquer que la totalité des caractéristiques personnelles de l’accusé—et non pas simplement celles liées à l’incapacité d’apprécier le risque—devraient être prises en considération pour décider de sa culpabilité. Le Juge en chef mentionne, par exemple, le critère de «la personne raisonnable qui souffre de toutes les mêmes faiblesses que l’accusé» (p. 31) et celui de «la personne raisonnable possédant les mêmes caractéristiques que l’accusé» (p. 31). Voilà, me semble-t-il, des conclusions et des déclarations qui, loin de se borner à la question de l’incapacité à apprécier le risque que comporte une conduite donnée, évoquent à l’égard de la responsabilité criminelle une approche de portée plus large qui soit fonction de l’auteur de l’acte, approche que notre Cour a à maintes reprises rejetée.

As I see it, the recognition that those lacking the capacity to perceive the risk should be exempted from criminal conviction and punishment does not entail the conclusion that the standard of care must be adjusted to take into account the accused's experience and education. The only actor-oriented question apposite to *mens rea* in these cases is whether the accused was capable of appreciating the risk, had he or she put her mind to it. If the answer is yes, as I believe it to be in all four cases before us—*Gosset, Creighton, Finlay and Naglik*—that is an end of the matter.

It may be that in some cases educational deficiencies, such as illiteracy on the part of a person handling a marked bottle of nitroglycerine in the Chief Justice's example, may preclude a person from being able to appreciate the risk entailed by his or her conduct. Problems of perception may have the same effect; regardless of the care taken, the person would have been incapable of assessing the risk, and hence been acquitted. But, in practice, such cases will arise only exceptionally. The question of *mens rea* will arise only where it has been shown that the accused's conduct (the *actus reus*) constitutes a dangerous and unlawful act (as in unlawful act manslaughter), or a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person (as in manslaughter by criminal negligence, or penal negligence offences). This established, conflict with the prohibition against punishing the morally innocent will arise only rarely. In unregulated activities, ordinary common sense is usually sufficient to permit anyone who directs his or her mind to the risk of the danger inherent in an activity to appreciate that risk and act accordingly—be the activity bottle throwing (as in *R. v. DeSousa*) or a barroom brawl. In many licensed activities, such as driving motor vehicles, there must be a basic amount of knowledge and experience before permission to engage in that activity will be granted (see *R. v. Hundal*). Where individuals engage in activities for which they lack sufficient knowledge, experience, or physical ability, they may be properly found to be at fault, not so much

Selon moi, la reconnaissance que les personnes qui n'ont pas la capacité de voir le risque ne devraient pas être reconnues coupables d'une infraction criminelle et devraient échapper à la sanction s'y rattachant ne mène pas à la conclusion qu'il faut adapter la norme de diligence pour tenir compte de l'expérience et du degré d'instruction de l'accusé. La seule question touchant l'auteur de l'acte qui puisse se rapporter à la *mens rea* dans de tels cas est celle de savoir si l'accusé aurait été capable d'apprécier le risque s'il s'était appliqué à le faire. Si la réponse est affirmative, et je crois qu'elle l'est dans chacune des affaires (*Gosset, Creighton, Finlay et Naglik*) dont nous sommes saisis, alors le débat est clos.

Il se peut que dans certains cas des lacunes dans l'instruction, comme l'analphabétisme chez une personne qui manipule une bouteille portant la mention «nitroglycérine» dans l'exemple du Juge en chef, puissent mettre une personne dans l'impossibilité d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Il pourrait en être de même des troubles de perception et, à ce moment-là, indépendamment de la diligence dont elle a pu faire preuve, la personne en question aurait été incapable d'apprécier le risque, ce qui lui aurait valu en conséquence l'acquittement. Dans les faits, toutefois, de tels cas ne se présenteront qu'exceptionnellement. La question de la *mens rea* se posera seulement s'il a été démontré que la conduite de l'accusé (l'*actus reus*) constitue un acte dangereux et illégal (comme l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal) ou un écart marqué par rapport à la norme de diligence d'une personne raisonnablement prudente (comme l'homicide involontaire coupable résultant d'une négligence criminelle ou les infractions de négligence pénale). Cela dit, il n'y aura que de rares cas d'incompatibilité avec l'interdiction de punir les personnes moralement innocentes. En ce qui concerne les activités non réglementées, le gros bon sens suffit normalement pour qu'une personne qui s'interroge sur le risque de danger inhérent à une activité puisse apprécier ce risque et agir en conséquence, que l'acte en question consiste à lancer une bouteille (comme dans l'affaire *R. c. DeSousa*) ou à prendre part à une bagarre dans un débit de boissons. Pour bon

for their inability to properly carry out the activity, but for their decision to attempt the activity without having accounted for their deficiencies. The law expects people embarking on hazardous activities to ask questions or seek help before they venture beyond their depth. Thus even the inexperienced defendant may be properly found to be morally blameworthy for having embarked on a dangerous venture without taking the trouble to properly inform himself or herself. The criminal law imposes a single minimum standard which must be met by all people engaging in the activity in question, provided that they enjoy the requisite capacity to appreciate the danger, and judged in all the circumstances of the case, including unforeseen events and reasonably accepted misinformation. Without a constant minimum standard, the duty imposed by the law would be eroded and the criminal sanction trivialized.

Mental disabilities short of incapacity generally do not suffice to negative criminal liability for criminal negligence. The explanations for why a person fails to advert to the risk inherent in the activity he or she is undertaking are legion. They range from simple absent-mindedness to attributes related to age, education and culture. To permit such a subjective assessment would be "co-extensive with the judgment of each individual, which would be as variable as the length of the foot of each individual" leaving "so vague a line as to afford no rule at all, the degree of judgment belonging to each individual being infinitely various": *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490, at p. 475; see A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 116-17.

nombre d'activités, comme la conduite d'un véhicule automobile, nécessitant l'obtention d'un permis, on doit posséder des connaissances et une expérience minimales avant de se voir accorder l'autorisation de s'y livrer (voir l'arrêt *R. c. Hundal*). Dans le cas où une personne entreprend une activité pour laquelle elle n'a pas suffisamment de connaissances, d'expérience ou d'adresse physique, elle peut à bon droit être jugée fautive, non pas tant en raison de son incapacité à bien exécuter l'acte, mais à cause de sa décision de le tenter sans avoir pris en compte ses déficiences personnelles. Du point de vue juridique, on s'attend que quiconque se lance dans une activité dangereuse pose des questions ou demande de l'aide avant de s'engager trop avant. Aussi, même le défendeur le plus inexpérimenté peut à juste titre être jugé moralement coupable du fait d'avoir entrepris un projet dangereux sans s'être donné la peine de bien se renseigner. Le droit criminel prescrit une unique norme minimale que doivent observer tous ceux qui se livrent à l'activité en question, pourvu qu'ils jouissent de la capacité requise pour se rendre compte du danger, cette norme devant être évaluée en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les événements imprévus et les renseignements erronés auxquels le destinataire a raisonnablement ajouté foi. En l'absence d'une norme minimale constante, l'obligation juridique se trouverait être minée et la sanction pénale banalisée.

En règle générale, les déficiences mentales qui n'entraînent pas l'incapacité ne suffisent pas à écarter la responsabilité criminelle pour négligence criminelle. Pourquoi une personne omet-elle de tenir compte du risque inhérent à l'activité qu'elle entreprend? Les explications sont légion. Il y en a tout un éventail, à partir de la simple distraction jusqu'à des particularités comme l'âge, le degré d'instruction et la culture. Permettre une appréciation à ce point subjective reviendrait à admettre un critère [TRADUCTION] «correspondant exactement au jugement de chacun, lequel jugement serait aussi variable que la longueur du pied de chacun; la ligne de démarcation serait en conséquence tellement floue qu'il n'existerait en fait absolument aucune règle, vu l'infinie variété de degrés de



Provided the capacity to appreciate the risk is present, lack of education and psychological predispositions serve as no excuse for criminal conduct, although they may be important factors to consider in sentencing.

This is not to say that the question of guilt is determined in a factual vacuum. While the legal duty of the accused is not particularized by his or her personal characteristics short of incapacity, it is particularized in application by the nature of the activity and the circumstances surrounding the accused's failure to take the requisite care. As McIntyre J. pointed out in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, the answer to the question of whether the accused took reasonable care must be founded on a consideration of all the circumstances of the case. The question is what the reasonably prudent person would have done in all the circumstances. Thus a welder who lights a torch causing an explosion may be excused if he has made an enquiry and been given advice upon which he was reasonably entitled to rely, that there was no explosive gas in the area. The necessity of taking into account all of the circumstances in applying the objective test in offences of penal negligence was affirmed in *R. v. Hundal*, *supra*.

The matter may be looked at in this way. The legal standard of care is always the same—what a reasonable person would have done in all the circumstances. The *de facto* or applied standard of care, however, may vary with the activity in question and the circumstances in the particular case. The law of civil negligence is helpful in understanding this distinction. In *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20th ed 1992), at pp. 227-28, the authors explain that the standard of care

jugement que possèdent les êtres humains»: *Vaughan c. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490, à la p. 475; voir A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, (4<sup>e</sup> éd. 1988) à la p. 142. Pour peu qu'on ait la capacité d'apprécier le risque, ni le manque d'instruction ni les prédispositions psychologiques ne peuvent servir d'excuse pour une conduite criminelle, quoique ces facteurs puissent s'avérer importants au stade de la détermination de la peine.

Cela ne veut toutefois pas dire que la question de la culpabilité se tranche dans un vide factuel. Quoique l'obligation légale incombant à l'accusé ne soit pas particularisée par ses caractéristiques personnelles autres que l'incapacité, elle se particularise dans les faits par la nature de l'activité et les circonstances entourant l'omission de l'accusé de faire preuve de la diligence requise. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, la réponse à la question de savoir si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable doit se fonder sur l'examen de toutes les circonstances de l'affaire. Il faut se demander ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. Ainsi, un soudeur qui cause une explosion en allumant son chalumeau peut se voir excuser si, d'après les renseignements qu'il a demandés et auxquels il pouvait raisonnablement ajouter foi, il n'y avait pas de gaz explosif à l'endroit en question. La nécessité de prendre en considération toutes les circonstances en appliquant le critère objectif à des infractions de négligence pénale a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité.

La question peut être envisagée de la manière suivante. La norme juridique de diligence reste toujours la même: ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La norme effectivement appliquée peut toutefois varier en fonction de l'activité dont il s'agit et des circonstances de l'espèce. C'est là une distinction que nous aide à saisir le droit en matière de négligence civile. Les auteurs de *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 227 et 228, expliquent en effet que la norme de diligence

will be different in different cases, for a reasonable person will not show the same anxious care when handling an umbrella as when handling a loaded gun. [*Beckett v. Newalls Insulation Co. Ltd.*, [1953] 1 W.L.R. 8, at p. 17]. . . But this is a different thing from recognising different legal standards of care; the test of negligence is the same in all cases. So a learner driver must comply with the same objective and impersonal standard as any other driver. [*Nettleship v. Weston*, [1971] 2 Q.B. 691] So also must a driver who is old or infirm, as distinct from totally unconscious. [*Roberts v. Ramsbottom*, [1980] 1 W.L.R. 823] [Emphasis added.]

The same reasoning applies in the criminal context.

We see then that the care required by some activities is greater than the care required by others. For example, under s. 216 of the *Criminal Code*, it has been held that persons administering medical treatment will be held to the special standard appropriate to that activity (*R. v. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278 (B.C.C.A.); *R. v. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62 (B.C.S.C.)). Such a standard has long been recognized by the common law, which made no distinction on the basis of the actor, only on the basis of the activity: "It is no crime for any one to administer medicine, but it is a crime to administer it so rashly and carelessly as to produce death; and in this respect there is no difference between the most regular practitioner and the greatest quack" (*R. v. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835). The standard flows from the circumstances of the activity. It does not vary with the experience or ability of the actual accused.

A person may fail to meet an elevated *de facto* standard of care in either of two ways. First, the person may undertake an activity requiring special care when he or she is not qualified to give that care. Absent special excuses like necessity, this may constitute culpable negligence. An untrained person undertaking brain surgery might violate the standard in this way. Second, a person who is qualified may negligently fail to exercise the special

[TRANSDUCTION] diffère d'une affaire à l'autre, car une personne raisonnable ne manie pas un parapluie avec la même prudence anxieuse qu'elle apporte au maniement d'une arme à feu chargée. [*Beckett c. Newalls Insulation Co. Ltd.*, [1953] 1 W.L.R. 8, à la p. 17] [ . . . ] Mais cela n'équivaut aucunement à la reconnaissance de différentes normes de diligence juridiques; le critère de négligence est le même dans tous les cas. Ainsi, les candidats au permis de conduire doivent respecter la même norme objective et impersonnelle que tout autre conducteur. [*Nettleship c. Weston*, [1971] 2 Q.B. 691] Il en va de même d'un conducteur qui est vieux ou infirme, par opposition à totalement inconscient. [*Roberts c. Ramsbottom*, [1980] 1 W.L.R. 823] [Je souligne.]

Ce même raisonnement s'applique en matière pénale.

On peut donc constater que certaines activités appellent une plus grande prudence que d'autres. Dans le contexte de l'art. 216 du *Code criminel*, par exemple, il a été statué que les personnes qui administrent un traitement médical sont assujetties à la norme spéciale qui convient à cette activité (*R. c. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278 (C.A.C.-B.); *R. c. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62 (C.S.C.-B.)). Cette norme est depuis longtemps reconnue en common law, celle-ci ne faisant aucune distinction fondée sur l'auteur de l'acte, mais distinguant seulement en fonction de l'activité: [TRANSDUCTION] «L'administration d'un traitement médical n'est pas un crime; c'en est un toutefois de l'administrer téméairement et imprudemment au point de causer la mort. À cet égard il n'y a aucune différence entre le médecin le plus compétent et le plus grand charlatan» (*R. c. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835). La norme découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité. Elle ne varie pas selon l'expérience ou les aptitudes de l'accusé en cause.

Il y a deux façons dont une personne peut ne pas satisfaire à une norme de diligence qui est sévère dans son application. Premièrement, elle peut entreprendre une activité qui nécessite une prudence particulière alors même qu'elle n'est pas compétente pour exercer cette prudence. En l'absence d'excuses spéciales comme la nécessité, cela peut constituer une négligence coupable. C'est le genre de violation de la norme que pourrait com-

care required by the activity. A brain surgeon performing surgery in a grossly negligent way might violate the standard in this second way. The standard is the same, although the means by which it is breached may differ.

Just as the adoption of a uniform standard of care which is blind to personal characteristics of the accused short of incapacity precludes lowering the standard for deficiencies of experience and temperament, so it precludes raising the standard for special experience or training. Since the criminal law is concerned with setting minimum standards for human conduct, it would be inappropriate to hold accused persons to a higher standard of care by reason of the fact that they may be better informed or better qualified than the person of reasonable prudence. Some activities may impose a higher *de facto* standard than others; brain surgery requires more care than applying an antiseptic. But as discussed earlier, this flows from the circumstances of the activity, not from the expertise of the actor.

The foregoing analysis suggests the following line of inquiry in cases of penal negligence. The first question is whether *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. This may consist in carrying out the activity in a dangerous fashion, or in embarking on the activity when in all the circumstances it is dangerous to do so.

The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight

mettre une personne qui, sans avoir reçu la formation voulue, pratiquerait une intervention chirurgicale au cerveau. Deuxièmement, une personne compétente pourrait par négligence omettre d'exercer la prudence spéciale qu'appelle l'activité en question. Un chirurgien spécialisé dans le domaine, qui pratiquerait d'une manière grossièrement négligente une intervention chirurgicale au cerveau, violerait peut-être la norme de cette seconde façon. La norme est la même dans les deux cas, quoiqu'il puisse y avoir une différence quant à la façon de la transgresser.

De même que l'adoption d'une norme de diligence uniforme qui fait abstraction des caractéristiques personnelles de l'accusé autres que l'incapacité exclut toute baisse de la norme en raison de l'inexpérience et de défauts de caractère, de même, son adoption interdit que cette norme soit rendue plus sévère en raison d'une expérience ou d'une formation spéciales. Puisque le droit criminel se préoccupe de la fixation de normes minimales applicables à la conduite humaine, il ne conviendrait pas de soumettre un accusé à une norme plus sévère de diligence du fait qu'il peut être mieux renseigné ou plus compétent qu'une personne d'une prudence raisonnable. Certaines activités pourront dans les faits commander une norme plus sévère que d'autres; pratiquer une intervention chirurgicale au cerveau exige une plus grande prudence que l'application d'un antiseptique. Mais, je le répète, cela découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité et ne tient nullement à la compétence de l'auteur de l'acte.

Voici, d'après l'analyse qui précède, les questions qu'il faut se poser dans des affaires de négligence pénale. On doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Cet écart peut consister à exercer l'activité d'une manière dangereuse ou bien à s'y livrer alors qu'il est dangereux de le faire dans les circonstances.

Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea*

of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a person has committed a manifestly dangerous act, it is reasonable, absent indications to the contrary, to infer that he or she failed to direct his or her mind to the risk and the need to take care. However, the normal inference may be negated by evidence raising a reasonable doubt as to lack of capacity to appreciate the risk. Thus, if a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

I believe the approach I have proposed to rest on sound principles of criminal law. Properly applied, it will enable the conviction and punishment of those guilty of dangerous or unlawful acts which kill others. It will permit Parliament to set a minimum standard of care which all those engaged in such activities must observe. And it will uphold the fundamental principle of justice that criminal liability must not be imposed in the absence of moral fault.

I conclude that the legal standard of care for all crimes of negligence is that of the reasonable person. Personal factors are not relevant, except on the question of whether the accused possessed the necessary capacity to appreciate the risk.

### C. Application of the Law to this Appeal

The trial judge properly found that Mr. Creighton committed the unlawful act of trafficking in cocaine. He also found that he was guilty of criminal negligence, using the standard which I view as

requisie pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si une personne a commis un acte manifestement dangereux, il est raisonnable, en l'absence d'indications du contraire, d'en déduire qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. L'inférence normale peut toutefois être écartée par une preuve qui fait naître un doute raisonnable quant à l'absence de capacité d'apprécier le risque. Ainsi, si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

Je crois que la démarche que je propose se fonde sur de solides principes de droit criminel. Correctement suivie, elle permettra que soit déclaré coupable et puni quiconque commet des actes dangereux ou illégaux qui provoquent la mort d'autrui. Elle permettra également au législateur de fixer une norme de diligence minimale à observer par tous ceux qui se livrent à de telles activités. Elle permettra enfin de maintenir le principe de justice fondamentale selon lequel on ne doit pas conclure à la responsabilité criminelle en l'absence de faute morale.

Je conclus donc que la norme de diligence juridique pour tous les crimes de négligence est celle de la personne raisonnable. Les facteurs personnels n'ont aucune pertinence, si ce n'est relativement à la question de savoir si l'accusé avait la capacité requise pour apprécier le risque.

### C. L'application des règles de droit en l'espèce

Le juge du procès a conclu, à bon droit, que M. Creighton avait commis l'acte illégal de trafic de cocaïne. De plus, il l'a jugé coupable de négligence criminelle selon la norme que j'estime être

correct, the standard of the reasonable person. The only remaining question, on the view I take of the law, was whether the reasonable person in all the circumstances would have foreseen the risk of bodily harm. I am satisfied that the answer to this question must be affirmative. At the very least, a person administering a dangerous drug like cocaine to another has a duty to inform himself as to the precise risk the injection entails and to refrain from administering it unless reasonably satisfied that there was no risk of harm. That was not the case here, as the trial judge found.

The conviction was properly entered and should not be disturbed. Like the Chief Justice, I find it unnecessary to consider the alternative ground of manslaughter by criminal negligence.

I would answer the constitutional question in the negative and dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: François Huot, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Deborah Carlson, Winnipeg.*

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

celle qu'il convient d'appliquer, soit la norme de la personne raisonnable. Il ne reste donc qu'à se demander, vu mon interprétation des règles de droit applicables si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu le risque de lésions corporelles. Je suis convaincue que la réponse à cette question doit être affirmative. Tout au moins, il incombe à une personne qui administre à autrui une drogue dangereuse comme la cocaïne de se renseigner sur le risque précis que comporte l'injection et de ne l'administrer que s'il a des motifs raisonnables de croire à l'absence d'un risque de préjudice. Comme l'a conclu le juge du procès, tel n'a pas été le cas en l'espèce.

C'est à bon droit que le verdict de culpabilité a été inscrit et il n'y a pas lieu de le modifier. Pas plus que le Juge en chef, je n'estime nécessaire d'examiner le fondement subsidiaire de l'accusation d'homicide involontaire coupable, à savoir la négligence criminelle.

Je suis d'avis de donner à la question constitutionnelle une réponse négative et de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: François Huot, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Deborah Carlson, Winnipeg.*

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

**Allen Gosset** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GOSSET

File No.: 22523.

1992: May 1; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Unlawful act manslaughter — Predicate offence — Mens rea — Police officer who shot and killed suspect charged with unlawful act manslaughter — Officer's careless use of firearm contrary to s. 86(2) of Criminal Code constituting predicate offence — Whether trial judge erred in stating proper test for determining carelessness — Whether Court of Appeal correct in overturning acquittal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 86(2), 222(5)(a), 686(4)(b)(i).*

The accused, a police officer, responded to a call from a taxi driver complaining of a customer who refused to pay his fare. Suspecting that the 150 packs of cigarettes in the taxi had come into the customer's possession illegally, and as there was an outstanding warrant for his arrest, the officer arrested him and took him to the police station. When he opened the rear door of the car at the station to let the suspect out, the latter attempted to flee. The accused chased after him, taking his gun out of its holster as he ran. He yelled "Stop or I'll shoot", and then pointed the gun at the suspect with his finger on the trigger. A shot went off, fatally striking the suspect in the head. The accused was charged with manslaughter. Under s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, a person commits culpable homicide when he causes the death of a human being by means of an unlawful act. The Crown contended that the accused's careless use of a firearm contrary to s. 86(2) constituted the unlawful act. At trial the accused acknowledged that the gun must

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

**Allen Gosset** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GOSSET

<sup>b</sup> N° du greffe: 22523.

1992: 1<sup>er</sup> mai; 1993: 9 septembre.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson\* et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Droit criminel — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Infraction sous-jacente — Mens rea — Policier ayant tiré sur un suspect et l'ayant tué, accusé d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Utilisation d'une arme à feu d'une manière négligente en contravention de l'art. 86(2) du Code criminel constituant l'infraction sous-jacente — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en établissant le critère applicable pour déterminer ce en quoi consiste la négligence? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler l'acquittement? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2), 222(5)a, 686(4)b(i).*

<sup>e</sup> L'accusé, un policier, a répondu à un appel d'un chauffeur de taxi qui se plaignait d'un client qui refusait de payer le prix d'une course. Soupçonnant que les 150 paquets de cigarettes qui se trouvaient dans le taxi étaient illégalement en possession du client, contre qui il existait un mandat d'arrestation, le policier l'a arrêté et conduit au poste de police. Il a ouvert la portière arrière pour faire sortir le suspect, qui a alors tenté de s'enfuir. L'accusé l'a poursuivi et a dégainé son revolver pendant la poursuite. Il a crié «Arrête ou je tire», puis braqué son revolver sur le suspect, l'index sur la détente. Une balle a été tirée, blessant mortellement le suspect à la tête. L'accusé a été accusé d'homicide involontaire coupable. En vertu de l'al. 222(5)a du *Code criminel*, une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal. Le ministère public a allégué que l'utilisation d'une arme à feu d'une manière négligente par l'accusé, en contravention du par. 86(2), constituait

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

have been cocked at the time he pointed it at the suspect. He further indicated that he never intended to shoot and that the gun went off accidentally. The accused was acquitted by a jury. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. This appeal raises the issues of the proper test for determining carelessness in the context of s. 86(2) of the *Code* where it is the predicate offence of unlawful act manslaughter, and whether, if the trial judge erred on this question, the Court of Appeal was correct in overturning the acquittal.

l'acte illégal. Au procès, l'accusé a reconnu que le revolver devait être armé lorsqu'il l'a braqué sur le suspect. Il a aussi indiqué qu'il n'a jamais eu l'intention de tirer et que le coup est parti accidentellement. L'accusé a été acquitté par un jury. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi soulève la question du critère approprié pour déterminer ce en quoi consiste la négligence dans le contexte du par. 86(2) du *Code* lorsqu'elle est l'infraction sous-jacente de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Il s'agit en outre de déterminer si, en admettant que le juge du procès ait commis une erreur à cet égard, la Cour d'appel a eu raison d'annuler l'acquiescement.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The proper test for the careless handling of a firearm is set out in *R. v. Creighton*. It was open to the jury to find that the conduct of the accused police officer constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances. This was sufficient to permit a finding of the necessary *actus reus* and *mens rea*, absent evidence of incapacity to appreciate the risk involved in the conduct. The misdirection to the jury requires that a new trial be directed.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Le critère applicable à la manipulation négligente d'une arme à feu est énoncé dans l'arrêt *R. c. Creighton*. Il appartenait au jury de conclure que la conduite du policier constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances. Cela était donc suffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* nécessaires, en l'absence de preuve d'incapacité d'apprécier le risque lié à la conduite. En raison de la directive erronée au jury, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ.: The determination of what constitutes "in a careless manner" or "without reasonable precautions for the safety of other persons" for purposes of s. 86(2) of the *Code* must be assessed on an objective standard, requiring a marked departure from the standard of care of a reasonable person. Penal negligence, or negligence in a criminal setting, is to be distinguished from negligence under civil law and incorporates the particular frailties of the accused, if any, because he or she could not have acted otherwise in the circumstances. In the determination of fault under s. 86(2) of the *Code*, it would be necessary for the jury to be instructed to consider whether the conduct of the accused was a marked departure from the standard of care of a reasonable person in the circumstances of the offence. If the answer is no, then the accused must be acquitted, since his or her conduct was not objectively negligent. If the answer is yes, however,

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Iacobucci: La détermination de ce que l'on entend par «d'une manière négligente» ou «sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui» aux fins du par. 86(2) du *Code* doit se faire en fonction d'un critère objectif, qui exige un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable. La notion de négligence pénale, ou négligence en matière criminelle, doit être distinguée de la notion de négligence en matière civile, puisqu'elle tient compte des faiblesses particulières de l'accusé, le cas échéant, parce qu'il n'aurait pu agir autrement dans les circonstances. Dans la détermination de la faute en vertu du par. 86(2) du *Code*, il y aurait lieu de demander au jury d'examiner si la conduite de l'accusé constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances de l'infraction. Si la réponse est négative,

then the jury must be instructed to consider whether the conduct of the accused was a marked departure from the required standard of care because (a) he or she did not turn his or her mind to the duty of care and thus to the risk likely to result from the conduct, or (b) he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the duty of care, due to human frailties. If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability for negligence. If the answer is (b), the third stage of the inquiry is needed, under which the jury should be instructed to consider whether in the context of the particular offence, the reasonable person with the capacities of the accused would have made him or herself aware of the required duty of care.

If a jury should find the accused's use of the firearm in this case met the threshold of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent police officer in the circumstances, and no evidence is tendered to suggest that the accused, due to any particular human frailty, was unable to exercise his duty of care in the circumstances, then the accused must be convicted under s. 86(2) of the *Code*. In order to convict an accused of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a), however, it is necessary to prove (1) that the unlawful act caused the death of the victim; (2) that the accused has satisfied the fault requirement of that unlawful act (which cannot be one of absolute liability); (3) that the unlawful act is objectively dangerous; and (4) that the unlawful act was one from which a reasonable person, in the circumstances of the accused, would have foreseen the risk of death. Should a new trial be ordered, the jury would have to be instructed to consider the capacity of the accused again in the context of the fourth element of the offence, to determine whether the accused was capable of foreseeing the risk of death arising from the unlawful act.

In directing the jury to inquire into the mind of the accused in this case, in order to determine if he possessed "criminal" intent, the trial judge committed an error in law. Given the seriousness of the error in the charge, which went to the very heart of the elements of

l'accusé doit être acquitté puisqu'il n'a pas eu une conduite négligente par rapport à un critère objectif. Toutefois, si la réponse est affirmative, il faut alors indiquer au jury qu'il doit examiner si la conduite de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence requise, soit a) parce qu'il n'a pas réfléchi à l'obligation de diligence ni, par conséquent, au risque de préjudice que sa conduite comportait, soit b) parce que, en raison de faiblesses humaines, il n'avait pas la capacité de réfléchir à l'obligation de diligence. Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient d'une chose constitue une excuse à la responsabilité criminelle en cas de négligence. Si la réponse est b), il y a lieu de procéder à la troisième étape de l'examen et d'indiquer au jury d'examiner si, dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait fait en sorte d'être conscient de l'obligation de diligence requise.

Si un jury devait conclure que l'utilisation de l'arme à feu par l'accusé constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait un policier raisonnablement prudent dans les circonstances, et si l'on ne présente aucune preuve laissant supposer que l'accusé, en raison d'une faiblesse humaine particulière, n'était pas en mesure de satisfaire à son obligation de diligence dans les circonstances, alors l'accusé doit être déclaré coupable en vertu du par. 86(2) du *Code*. Il faut toutefois prouver les éléments suivants pour déclarer un accusé coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal en vertu de l'al. 222(5)a): (1) que l'acte illégal a causé la mort de la victime; (2) que l'exigence en matière de faute pour cet acte illégal (qui ne peut être un acte de responsabilité absolue) est imputable à l'accusé; (3) que l'acte illégal est un acte dangereux, selon un critère objectif, et (4) que l'acte illégal était tel qu'une personne raisonnable aurait, dans les circonstances où se trouvait l'accusé, prévu le risque de mort. Si la tenue d'un nouveau procès était ordonnée, il faudrait dire au jury qu'il doit examiner de nouveau la capacité de l'accusé dans le contexte du quatrième élément de l'infraction, afin de déterminer si l'accusé avait la capacité de prévoir le risque de mort découlant de l'acte illégal.

Lorsqu'il a demandé au jury d'examiner l'état d'esprit de l'accusé en l'espèce pour déterminer si celui-ci avait une intention «criminelle», le juge du procès a commis une erreur de droit. La gravité de l'erreur contenue dans les directives, laquelle touchait les éléments



the offence that the Crown had to establish, the outcome may well have been affected, and therefore a new trial is required.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Followed:** *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

By Lamer C.J.

**Referred to:** *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Derkosh* (1979), 52 C.C.C. (2d) 252; *R. v. Batalha* (1982), 70 C.C.C. (2d) 190; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Reid*, [1992] 3 All E.R. 673; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 84(2), 202, 205(5)(a), 217, 219.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 79, 80, 86(2), 219, 222(5)(a), (b), 234, 236, 436 [rep. & sub. 1990, c. 15, s. 1], 686(4)(b)(i), 691(2)(a).

### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 46. *Omissions, Negligence and Endangering*. Ottawa: The Commission, 1985.  
Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
Duff, R. A. *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*. Oxford: Basil Blackwell, 1990.  
Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 1567, 67 C.C.C. (3d) 156, 6 C.R. (4th) 239, 37 Q.A.C. 161, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of manslaughter and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Serge Ménard*, for the appellant.

mêmes de l'infraction qu'il incombait au ministère public d'établir, a bien pu avoir influé sur l'issue du procès. En conséquence, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt suivi:** *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Derkosh* (1979), 52 C.C.C. (2d) 252; *R. c. Batalha* (1982), 70 C.C.C. (2d) 190; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Reid*, [1992] 3 All E.R. 673; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 79, 80, 86(2), 219, 222(5)(a), (b), 234, 236, 436 [abr. & rempl. 1990, ch. 15, art. 1], 686(4)(b)(i), 691(2)(a).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 84(2), 202, 205(5)(a), 217, 219.

### Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 46. *L'omission, la négligence et la mise en danger*. Ottawa: La Commission, 1985.  
Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
Duff, R. A. *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*. Oxford: Basil Blackwell, 1990.  
Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 1567, 67 C.C.C. (3d) 156, 6 C.R. (4th) 239, 37 Q.A.C. 161, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Serge Ménard*, pour l'appelant.

*René de la Sablonnière and François Huot, for the respondent.*

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

LAMER C.J.—

I. Facts

On the morning of November 11, 1987, the appellant, a 16-year veteran of the Montreal police force, and his partner, Kimberley Campbell, responded to a call from a taxi driver complaining of a customer who refused to pay his fare. The customer identified himself as Tony Bowers. The appellant learned over the police radio that this information was false. Based on papers that he was carrying, the individual was identified as Tony Griffin, for whom there was an arrest warrant outstanding. The appellant then arrested Mr. Griffin and brought him to the police station. The officers also received from the cab driver a bag belonging to Mr. Griffin which contained approximately 150 packs of cigarettes. The officers suspected that these cigarettes had come into the possession of Mr. Griffin illegally.

Upon arriving at the station, Ms. Campbell went to retrieve the cigarettes from the trunk of the car, the appellant opened the rear door to let Mr. Griffin out, and at that moment, Mr. Griffin attempted to flee. The appellant chased after him, taking his gun out of its holster as he ran. The gun was held at the side of his right leg, pointing at the ground. The appellant yelled in the direction of Mr. Griffin, "Stop or I'll shoot." The appellant then pointed his gun at Mr. Griffin with his index finger on the trigger. He claimed that he did this in order to intimidate Mr. Griffin because he was not responding to the order to stop. The Crown's position, however, is that Mr. Griffin had already stopped running forward and had begun running on the spot "dodging like a boxer", when he turned to face the appellant. At that moment, a shot went off, fatally striking Mr. Griffin in the head. These events all took place in the police station parking lot.

*René de la Sablonnière et François Huot, pour l'intimée.*

Version française des motifs du juge en chef  
 a Lamer et des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

b I. Les faits

Le matin du 11 novembre 1987, l'appelant, un agent de la police de Montréal depuis 16 ans, et sa partenaire, Kimberley Campbell, ont répondu à un appel d'un chauffeur de taxi qui se plaignait d'un client qui refusait de payer le prix d'une course. Le client a dit s'appeler Tony Bowers. Par la radio de la voiture de police, l'appelant a appris que ce renseignement était faux. À partir des papiers qu'il avait sur lui, l'individu a été identifié comme étant Tony Griffin, contre qui il existait un mandat d'arrestation. L'appelant a alors arrêté M. Griffin et l'a conduit au poste de police. Les agents ont également reçu du chauffeur de taxi un sac appartenant à M. Griffin dans lequel il y avait approximativement 150 paquets de cigarettes. Les agents soupçonnaient que ces cigarettes étaient entrées illégalement en possession de M. Griffin.

À l'arrivée au poste de police, M<sup>me</sup> Campbell est allée chercher les cigarettes dans le coffre de la voiture; l'appelant a ouvert la portière arrière pour faire sortir M. Griffin, qui a alors tenté de s'enfuir. L'appelant l'a poursuivi et a dégainé son revolver pendant la poursuite. L'appelant tenait le revolver le long de sa cuisse droite en pointant le canon vers le sol. Il a crié à M. Griffin: [TRADUCTION] «Arrête ou je tire». Il a ensuite braqué son revolver sur M. Griffin avec l'index sur la détente. Il dit avoir fait cela pour intimider M. Griffin parce qu'il n'obtempérait pas à l'ordre de s'arrêter. Toutefois, le ministère public soutient que M. Griffin avait déjà arrêté de courir et qu'il avait commencé à courir sur place comme un boxeur qui se prépare à esquiver des coups, lorsqu'il s'est retourné pour faire face à l'appelant. C'est à ce moment qu'une balle a été tirée, blessant mortellement M. Griffin à la tête. Ces événements se sont tous déroulés dans le stationnement du poste de police.

The gun used by the appellant can be fired either by “single action”, where the gun is already cocked and only slight pressure on the trigger is required, or by “double action”, requiring very strong pressure on the trigger so as to raise the hammer and then fire a shot.

The appellant was charged with manslaughter under ss. 234 and 236 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly ss. 217 and 219). At trial, he testified that he was not aware of cocking the gun and never made a decision to do so; however, the appellant acknowledged that the gun must have been cocked at the time he pointed it at Mr. Griffin. He further indicated that he never intended to shoot and that the gun went off accidentally. The appellant was acquitted by a jury. On appeal to the Quebec Court of Appeal, the acquittal was set aside and a new trial was ordered: [1991] R.J.Q. 1567, 67 C.C.C. (3d) 156, 6 C.R. (4th) 239, 37 Q.A.C. 161. The appellant appeals to this Court as of right under s. 691(2)(a) of the *Code*.

## II. Relevant Statutory Provisions

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

86. . . .

(2) Every one who, without lawful excuse, uses, carries, handles, ships or stores any firearm or ammunition in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment

(i) in the case of a first offence, for a term not exceeding two years, and

(ii) in the case of a second or subsequent offence, for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Le revolver utilisé par l'appellant peut être mis à feu en «simple action», lorsque le chien de l'arme a déjà été soulevé et que seule une pression légère est requise, ou en «double action» lorsque la mise à feu exige une pression très forte sur la détente pour faire fonctionner le percuteur et tirer une balle.

L'appellant a été accusé d'homicide involontaire coupable en vertu des art. 234 et 236 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant les art. 217 et 219). Au procès, il a témoigné qu'il ne s'est pas rendu compte d'avoir armé le chien de son arme et qu'il n'a jamais pris la décision de l'ouvrir; toutefois, l'appellant a reconnu que le revolver devait être armé lorsqu'il l'a braqué sur M. Griffin. Il a aussi indiqué qu'il n'a jamais eu l'intention de tirer et que le coup est parti accidentellement. L'appellant a été acquitté par un jury. La Cour d'appel du Québec a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1991] R.J.Q. 1567, 67 C.C.C. (3d) 156, 6 C.R. (4th) 239, 37 Q.A.C. 161. L'appellant se pourvoit de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 691(2)a) du *Code*.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

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

86. . . .

(2) Est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal:

(i) de deux ans, dans le cas d'une première infraction,

(ii) de cinq ans, dans le cas d'une infraction subséquente;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

quiconque, sans excuse légitime, utilise, porte, manipule, expédie ou entrepose une arme à feu ou des munitions d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui.

222. . . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

### III. Judgments Below

#### *Superior Court*

Trottier J. reviewed the text of s. 86(2) (formerly s. 84(2)) of the *Code*, and proceeded to make the following statement:

[TRANSLATION] Remember that all the words in a section of a statute have meaning. In this definition of the criminal offence found in [86(2)], there are two essential elements that you must consider: 1. the element "without lawful excuse", and 2. "in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons".

Therefore, in order for an accused to be found guilty of having committed the criminal offence prohibited by section [86(2)] of the Criminal Code, the Crown, or the prosecution if you prefer, must establish for you that the accused acted without lawful excuse and in a careless manner, or without reasonable precautions for the safety of other persons.

If you have a reasonable doubt that the Crown has not established each of these elements, the accused must not be found guilty of manslaughter, by means of an unlawful act.

Trottier J. summarized the offence under s. 86(2) of the *Code* in the following passage:

[TRANSLATION] . . . I should point out that for an action to constitute a criminal act, there must be a criminal state of mind, and that mere civil negligence, which happens to all of us, does not make us criminally liable.

Following his charge on the relevant law for manslaughter under s. 222(5) (formerly s. 205(5)), both on the basis of an unlawful act and on the

222. . . .

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain:

a) soit au moyen d'un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

234. L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

### III. Les juridictions inférieures

#### *La Cour supérieure*

Le juge Trottier a examiné le libellé du par. 86(2) (auparavant le par. 84(2)) du *Code* et a fait la déclaration suivante:

Retenez que tous les mots parlent d'un article de loi. Dans cette définition de l'acte criminel prévu à [86(2)], il y a deux éléments essentiels dont vous devez tenir compte: 1<sup>o</sup> l'élément «sans excuse légitime», et 2<sup>o</sup> l'autre: «d'une manière négligente, ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui.»

Donc, pour qu'un accusé puisse être trouvé coupable d'avoir commis l'acte criminel prévu à l'article [86(2)] du Code criminel, la Couronne, ou la poursuite si vous voulez, doit vous établir que l'accusé a agi sans excuse légitime et d'une manière négligente, ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui.

Si vous avez un doute raisonnable que la Couronne ne vous a pas établi chacun de ces deux éléments-là, l'accusé ne peut pas être trouvé coupable d'homicide involontaire coupable, au moyen d'un acte illégal.

Le juge Trottier a ensuite résumé l'infraction prévue au par. 86(2) du *Code* de la façon suivante:

. . . je tiens à vous dire que pour qu'un geste puisse constituer un acte criminel, il faut nécessairement qu'il y ait un état d'esprit criminel, et que la simple négligence civile, qui nous arrive à tous, ne nous rend pas criminellement responsables.

Après ses directives sur les règles de droit applicables à l'homicide involontaire coupable en vertu du par. 222(5) (auparavant le par. 205(5)), tant

basis of criminal negligence, the trial judge put the following five questions to the jury:

— [TRANSLATION] First, at the beginning of the incident, was there anything in the evidence which indicated to you a criminal state of mind on the part of the accused?

— Second, during the trip to the station, even after having learned other information such as the existence of a warrant for his arrest, and the fact that the young man was considered violent, are you of the view that the evidence showed on the part of the accused this criminal state of mind?

— Third, upon their arrival at the station, before the attempted escape, do you find, there again in the evidence, anything indicating a criminal state of mind on the part of the accused?

— Fourth, during the attempted escape, when the shot was fired, do you see in the evidence, and solely in the evidence, facts which could lead you to conclude that the accused had, there again, a guilty state of mind, in the sense that I previously indicated to you?

— Fifth, immediately after the shot was fired, was the accused's attitude that of a person who showed a guilty state of mind or wanton or reckless disregard for the life of another person?

At the conclusion of the trial judge's charge, after the jury had retired, a discussion ensued between the trial judge and counsel for the Crown. Counsel for the Crown expressed serious concern about the manner in which Trotter J. had defined the negligence (carelessness) set out in s. 86(2), and, according to the Crown, had left the jury with the impression that s. 86(2) required the same degree of moral culpability as criminal negligence under s. 219 (formerly s. 202). This impression was affirmed, the Crown submitted, by the five questions stated by the trial judge reproduced above.

Trotter J. ruled that he had adequately distinguished between the two offences and their respective elements, and further, that recalling the jury for clarification might unfairly prejudice the accused. Two days later, the jury returned a verdict of acquittal.

dans le cas d'un acte illégal que dans celui de négligence criminelle, le juge du procès a posé les cinq questions suivantes au jury:

— Premièrement, au début de l'incident, y a-t-il dans la preuve quelque chose qui vous indique un état d'esprit criminel de la part de l'accusé?

— Deuxièmement, durant le transport vers le poste, même après avoir appris d'autres renseignements tels que l'existence d'un mandat d'arrestation, le fait que le jeune homme soit considéré comme violent, êtes-vous d'avis que la preuve révèle chez l'accusé cet état d'esprit criminel?

— Troisièmement, à l'arrivée au poste, avant la tentative d'évasion, retrouvez-vous, là encore dans la preuve, quelque chose indiquant un état d'esprit criminel chez l'accusé?

— Quatrièmement, durant la tentative de fuite, lorsque le coup de feu fut tiré, voyez-vous dans la preuve, et uniquement dans la preuve, des faits pouvant vous amener à conclure que l'accusé avait, encore là, un état d'esprit coupable, dans le sens que je vous l'ai exposé?

— Cinquièmement, immédiatement après le coup de feu, l'accusé a-t-il eu l'attitude d'une personne qui aurait démontré un état d'esprit coupable ou une insouciance déréglée, ou téméraire, pour la vie d'autrui?

Après les directives du juge au jury et le retrait du jury, il y a eu une discussion entre le juge du procès et le substitut du procureur général. Celui-ci s'est dit fort préoccupé par la façon dont le juge Trotter avait défini la négligence visée au par. 86(2), et, à son avis, il avait ainsi donné au jury l'impression que le par. 86(2) exigeait le même état d'esprit coupable que la négligence criminelle prévue à l'art. 219 (auparavant l'art. 202). De l'avis du ministère public, le juge du procès a confirmé cette impression dans les cinq questions que j'ai reproduites.

Le juge Trotter a conclu qu'il avait établi une distinction appropriée entre les deux infractions et leurs éléments respectifs et qu'il risquait de préjudicier injustement l'accusé en rappelant le jury pour lui donner des précisions. Deux jours plus tard, le jury a prononcé un verdict d'acquiescement.

*Court of Appeal*, [1991] R.J.Q. 1567, 67 C.C.C. (3d) 156

Beauregard J.A.

Beauregard J.A., at p. 161 C.C.C., stated that, in order to correctly explain s. 86 of the *Code* in relation to s. 222(5)(a) (formerly s. 205(5)(a)) of the *Code*, Trottier J. should have told the jury they had to be convinced of [TRANSLATION] “the existence of the following essential elements” in order to find the appellant guilty:

- (1) the handling of the gun must have been done knowingly;
- (2) [the appellant] [must] also have been aware of the circumstances in which he handled the gun;
- (3) his handling of the gun must have been done with less care than a good police officer would have taken in the same circumstances;
- (4) there was no lawful excuse for [the appellant’s] conduct;
- (5) Griffin’s death resulted from [the appellant’s] conduct.

Beauregard J.A. added that Trottier J. should have explained the meaning of the phrase “without lawful excuse” in s. 86(2) of the *Code*.

Beauregard J.A. concluded, at p. 162 C.C.C., that Trottier J. had not caused prejudice to the respondent by telling the jury that the appellant could not be found guilty under ss. 86(2) and 222(5)(a) of the *Code* [TRANSLATION] “if he only committed an act of simple negligence”. However, [TRANSLATION] “instead of saying that [such] a finding of guilt necessitated ‘a criminal state of mind’”, Trottier J. should have said [TRANSLATION] “that there was guilt if the negligence was gross negligence”.

Beauregard J.A. concluded that Trottier J. had correctly explained s. 222(5)(b) of the *Code* by telling the jury that they should find the appellant guilty [TRANSLATION] “if they came to the conclusion that [the appellant] had caused the death of Griffin by showing wanton or reckless disregard for the latter’s life or safety” (p. 163 C.C.C.).

*La Cour d’appel*, [1991] R.J.Q. 1567

Le juge Beauregard

Le juge Beauregard a déclaré, à la p. 1571, que, pour expliquer correctement l’art. 86 par rapport à l’al. 222(5)a) (auparavant l’al. 205(5)a)) du *Code*, le juge Trottier aurait dû dire au jury que, pour déclarer l’appelant coupable, il devait être convaincu de «l’existence des éléments essentiels suivants»:

- (1) la manipulation de l’arme devait avoir été faite consciemment;
- (2) [l’appelant] devait également avoir été conscient des circonstances dans lesquelles il avait manipulé l’arme;
- (3) la manipulation de l’arme devait avoir été faite avec moins de soins que n’en aurait pris tout bon agent de police placé dans les mêmes circonstances;
- (4) la conduite de [l’appelant] n’avait aucune excuse légitime;
- (5) la mort de Griffin avait résulté de la conduite de [l’appelant].

Il a ajouté que le juge Trottier aurait dû expliquer le sens de l’expression «sans excuse légitime» du par. 86(2) du *Code*.

Le juge Beauregard a conclu, à la p. 1572, que le juge Trottier n’avait pas causé de préjudice à l’intimée en disant au jury que l’appelant ne pouvait être déclaré coupable aux termes du par. 86(2) et de l’al. 222(5)a) du *Code* «pour avoir seulement commis un acte de simple négligence». Par contre, le juge Trottier, «au lieu de dire que cette déclaration de culpabilité nécessitait «un état d’esprit criminel»», aurait dû dire «qu’il y avait culpabilité si la négligence avait été grossière».

Le juge Beauregard a conclu que le juge Trottier avait correctement expliqué l’al. 222(5)b) du *Code* en disant au jury qu’il devait déclarer l’appelant coupable «s’il en arrivait à la conclusion que [l’appelant] avait causé la mort de Griffin par suite d’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité de ce dernier» (à la p.

However, Beauregard J.A. noted that Trottier J. [TRANSLATION] “did not clearly explain to the jury what he understood by the expression ‘guilty state of mind’” or “criminal state of mind”. Accordingly, in Beauregard J.A.’s opinion, the jury could only [TRANSLATION] “have understood that, if, at the time of the shooting, [the appellant’s] mind was not animated by malice, he should be found not guilty”. Beauregard J.A. therefore concluded, at p. 164 C.C.C., that the jury had not considered the essential question, namely:

[TRANSLATION] ... Considering all the circumstances, did [the appellant], in the use of his firearm, cause Griffin’s death as a result of wanton or reckless disregard for Griffin’s life?

#### Rothman J.A.

After reviewing the facts of the case, Rothman J.A. discussed the issues that would have to be determined by the jury; first, whether, when the accused pointed his gun at Mr. Griffin, the accused knew his gun was loaded and cocked or, alternatively, was indifferent to whether or not it was loaded and cocked; and second, whether the action of the accused amounted to “carelessness” within the definition of s. 86(2). Rothman J.A., however, noted, at p. 1576 R.J.Q., that the jury never had the opportunity to address these critical determinations:

Unfortunately, the jury had no opportunity to consider these questions. Instead, they were invited to consider the definition of criminal negligence, and the requirement of a criminal intent (“*esprit criminel*”) the meaning of which was not explained to them. The judge’s directions in this regard suggested that the Crown had the burden of proving malice, a burden that was too high whether the Crown had relied on criminal negligence under Sec. 219 or the careless handling of a firearm under Sec. 86(2).

With great respect for the trial judge, I do not believe the jury was properly instructed on the essential elements required to establish that Griffin’s death was caused by the careless use, or handling of a firearm or how the law under Sec. 86(2) related to the evidence. Certainly, there was evidence on which a jury, properly instructed, could have concluded that [the] respondent was careless in the use and handling of his revolver. The

1572). Toutefois, le juge Beauregard a noté que le juge Trottier «n’avait pas expliqué clairement au jury ce qu’il entendait par l’expression «un état d’esprit coupable»» ou «un état d’esprit criminel». Ainsi, d’après le juge Beauregard, le jury ne pouvait que «comprendre que, si, lors du coup du feu, [l’appellant] n’était pas animé d’un esprit de malice, il devait être déclaré non coupable». Il a donc conclu, à la p. 1573, que le jury ne s’était pas penché sur la question essentielle, soit:

... compte pris de toutes les circonstances, [l’appellant] a-t-il, dans l’utilisation de son arme à feu, causé la mort de Griffin par suite d’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie de Griffin?

#### Le juge Rothman

Après l’examen des faits, le juge Rothman a examiné les questions que le jury aurait à trancher; premièrement, lorsque l’accusé a braqué son arme sur M. Griffin, savait-il que son revolver était chargé et armé ou, subsidiairement, était-il indifférent à ces deux faits? Deuxièmement, l’acte de l’accusé équivalait-il à un «usage négligent» au sens du par. 86(2). Toutefois, le juge Rothman a signalé, à la p. 1576, que le jury n’avait jamais eu la possibilité d’examiner ces points critiques:

[TRADUCTION] Malheureusement, le jury n’a pas eu la possibilité d’examiner ces questions. On l’a plutôt invité à examiner la définition de négligence criminelle, ainsi que la nécessité d’un esprit criminel, sans lui expliquer le sens de cette expression. Les directives du juge à cet égard laissaient entendre qu’il incombait au ministère public de prouver l’esprit de malice, ce qui était trop exigeant, que le ministère public ait invoqué la négligence criminelle en vertu de l’art. 219 ou la manipulation d’une arme à feu d’une manière négligente en vertu du par. 86(2).

Avec égards pour le juge du procès, je ne crois pas que le jury a reçu les directives appropriées relativement aux éléments essentiels requis pour établir que le décès de Griffin a été causé par l’utilisation ou la manipulation d’une arme à feu d’une manière négligente ou encore quant à la façon dont les règles de droit applicables au par. 86(2) se rapportaient à la preuve. Certes, il y avait des éléments de preuve à partir desquels un jury, ayant

jury should have been directed as to how the law related to that evidence.

Rothman J.A. concluded that it would have been “exceedingly difficult, if not impossible” to say that the outcome would have been the same if the jury had been properly instructed on the issue. A new trial, therefore, was ordered.

Brossard J.A. (dissenting)

Brossard J.A., at p. 175 C.C.C., stated that negligence under s. 86(2) of the *Code* [TRANSLATION] “in order to justify a verdict of guilty does not require the same degree of recklessness or disregard that criminal negligence does”. Brossard J.A., at p. 177 C.C.C., added that the degree of fault or negligence required for that subsection to apply involved a measure of objectivity bringing it very close to civil fault or negligence [TRANSLATION] “which uncontestedly is lesser in degree than that required in order to find criminal negligence and which was the [only one commented on or explained]” by Trottier J. Brossard J.A. then observed, at p. 177 C.C.C., that proof of negligence within the meaning of s. 86(2) of the *Code* [TRANSLATION] “remains subject to the criminal law rules”, namely that it is for the respondent to prove “beyond a reasonable doubt” that there was negligence in the handling of the firearm.

Brossard J.A. concluded, at p. 175 C.C.C., that Trottier J. erred in his charge to the jury because he did not [TRANSLATION] “sufficiently explain the constituent elements of ‘carelessness’ under [s. 86(2)] of the *Criminal Code*, and explained even less the distinction between carelessness under [s. 86(2)] and criminal negligence under [s. 219]”. Brossard J.A. concluded, at p. 177 C.C.C.:

[TRANSLATION] . . . [Trottier J.] should have emphasized that carelessness under [s. 86(2)] did not require any criminal state of mind, any criminal intent, nor any wanton or reckless behaviour on the part of the [appellant], no more than did it require proof that the latter had fore-

reçu les directives appropriées, aurait pu conclure que l’intimé a utilisé et manipulé son revolver d’une manière négligente. Le jury aurait dû recevoir des directives relativement à la façon dont les règles de droit se rapportaient à ces éléments de preuve.

Le juge Rothman a conclu qu’il serait [TRANSLATION] «extrêmement difficile, voire impossible» de dire que le verdict aurait été le même si le jury avait reçu les directives appropriées sur la question. Par conséquent, on a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Le juge Brossard (dissent)

Le juge Brossard a déclaré, à la p. 1580, que la négligence prévue au par. 86(2) du *Code* «ne requiert pas pour justifier un verdict de culpabilité le même degré d’insouciance, ou de témérité que la négligence criminelle». Il a ajouté, à la p. 1581, que le degré de faute ou de négligence requis pour donner application à ce paragraphe comportait un caractère objectif le rapprochant de la faute ou négligence civile «qui se situe incontestablement à un niveau moindre que celui requis pour conclure à négligence criminelle et qui fut le seul commenté ou expliqué» par le juge Trottier. Le juge Brossard a ensuite précisé, à la p. 1582, que la preuve de la négligence au sens du par. 86(2) du *Code* «demeure assujettie aux règles de droit pénal», c’est-à-dire que c’est à l’intimé de prouver «hors de tout doute raisonnable» qu’il y a eu négligence dans la manipulation de l’arme à feu.

Le juge Brossard a conclu, à la p. 1580, que le juge Trottier a commis une erreur dans ses directives au jury parce qu’il n’a pas «suffisamment expliqué les éléments constitutifs de la «négligence» prévus [au par. 86(2)] du *Code criminel*, et encore moins expliqué les distinctions entre la négligence de [ce par. 86(2)] et la négligence criminelle de [l’art. 219]». Le juge Brossard a conclu, à la p. 1582:

. . . le [juge Trottier] se devait, d’une part, de souligner que la négligence prévue [au par. 86(2)] ne nécessitait aucun état d’esprit criminel, aucune intention criminelle, ni un comportement insouciant ou téméraire de la part de [l’appellant], non plus que la nécessité de prouver que



seen the unreasonable consequences of his act. It was also incumbent on [Trottier J.] . . . in concluding his charge, to pose the question clearly to the jury, in respect of [s. 86(2)] in terms analogous to those that he used in respect of criminal negligence. . . .

Unlike the majority of the Court of Appeal, Brossard J.A. concluded that Trottier J.'s error in his charge to the jury did not warrant an order for a new trial. Brossard J.A. asked himself the following question, at p. 178 C.C.C.:

[TRANSLATION] We must, therefore, ask ourselves whether the facts in evidence, interpreted by a jury properly charged, were such, with a reasonable degree of certainty, as would result in a different verdict.

Brossard J.A. stated, at p. 178 C.C.C., that [TRANSLATION] "one cannot necessarily and *ipso facto* infer from the verdict of not guilty that the jury necessarily believed and accepted the [appellant's] story". Moreover, the respondent was required to prove [TRANSLATION] "the voluntariness of the acts with which [the appellant] is reproached" (p. 179 C.C.C.). Brossard J.A. considered the evidence relating to the five steps in the *actus reus*, namely:

- (1) The fact of having taken the gun out of the holster;
- (2) The fact [that the gun was cocked];
- (3) The fact of running with the gun out of the holster, pointed towards the ground;
- (4) The fact of pointing the gun;
- (5) The fact of pressing on the trigger and firing the gun.

Brossard J.A. stated that the deliberate and voluntary nature of the act was an essential element of the *actus reus*. He concluded that the involuntary and unconscious nature of the appellant's act prevented a verdict of guilty, despite the fact that Trottier J.'s charge to the jury was inadequate as to the degree of negligence required under s. 86(2) of the *Code*.

Brossard J.A. dismissed the other grounds of appeal relating to lawful excuse, necessary force and the admissibility of evidence of the police

ce dernier avait prévu les conséquences déraisonnables de son acte. Il incombait également au [juge Trottier] [. . .] dans le cadre de ses conclusions, de poser la question aussi clairement au jury, en regard [du par. 86(2)], en des termes analogues à ceux qu'il avait utilisés en regard de la négligence criminelle . . .

Le juge Brossard, contrairement à la Cour d'appel à la majorité, a conclu que l'erreur du juge Trottier dans ses directives au jury ne justifiait pas une ordonnance de nouveau procès. Il s'est posé la question suivante, à la p. 1582:

Nous devons donc nous interroger à savoir si les faits mis en preuve, interprétés par le jury à la lumière des directives appropriées, étaient de nature, avec un degré raisonnable de certitude, d'entraîner un verdict différent.

Le juge Brossard a déclaré, à la p. 1582, qu'on ne peut pas «nécessairement et *ipso facto* déduire du verdict de non-culpabilité la prémisse que le jury a nécessairement cru et retenu la version de [l'appellant]». De plus, l'intimée avait l'obligation de prouver «le caractère volontaire des gestes reprochés à [l'appellant]» (à la p. 1583). Le juge Brossard a examiné la preuve se rapportant aux cinq étapes de l'*actus reus*, soit:

- (1) Le fait d'avoir dégainé l'arme.
- (2) Le fait que le chien ait été armé.
- (3) Le fait d'avoir couru l'arme dégainée, pointée vers le sol.
- (4) Le fait de braquer l'arme.
- (5) Le fait de presser sur la gâchette et de mettre l'arme à feu.

Le juge Brossard a déclaré que le caractère volontaire et délibéré du geste constituait un élément essentiel de l'*actus reus*. Il a conclu que le caractère involontaire et inconscient du geste de l'appellant empêchait de rendre un verdict de culpabilité, ceci malgré le fait que les directives du juge Trottier n'étaient pas appropriées quant au degré de négligence requis en vertu du par. 86(2) du *Code*.

Le juge Brossard a rejeté les autres moyens d'appel concernant l'excuse légitime, la force nécessaire et l'admissibilité en preuve des direc-

force directives, that is administrative standards. Brossard J.A. accordingly would have dismissed the appeal.

#### IV. Analysis

##### A. *The Issues*

There are two central issues before the Court in this appeal: first, what is the proper test to determine “carelessness” in the context of s. 86(2) of the *Criminal Code* where it is the predicate offence of unlawful act manslaughter? This is the question on which the trial judge was found to have erred by the Quebec Court of Appeal. The second issue is whether, if the trial judge erred, the Crown discharged its burden of demonstrating the error was such that the Court of Appeal could say, with a reasonable degree of certainty, that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

Although the appellant was charged under s. 222(5) without distinguishing between the two grounds, (a) unlawful act manslaughter and (b) manslaughter by criminal negligence, the Crown principally relied on s. 222(5)(a) in its submissions, contending that the appellant’s careless use of a firearm contrary to s. 86(2) comprised the predicate offence for unlawful act manslaughter. The trial judge instructed the jury both with respect to s. 222(5)(a) (unlawful act manslaughter) and s. 222(5)(b) (manslaughter by criminal negligence). The correctness of the charge for the offence under s. 222(5)(b) manslaughter by criminal negligence, however, was not pursued as a ground of the appeal before this Court and is not considered herein.

tives du service de police, soit des normes administratives. Le juge Brossard aurait en conséquence rejeté l’appel.

#### <sup>a</sup> IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige*

Le présent pourvoi soulève deux grandes questions: premièrement, quel est le critère approprié pour déterminer ce en quoi consiste la «négligence» dans le contexte du par. 86(2) du *Code criminel* lorsqu’elle est l’infraction sous-jacente de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal? C’est la question sur laquelle la Cour d’appel du Québec a conclu que le juge du procès avait commis une erreur. Deuxièmement, il s’agit de déterminer si, en admettant que le juge du procès ait commis une erreur, le ministère public s’est acquitté du fardeau qu’il avait d’établir que l’erreur était telle que la Cour d’appel pouvait affirmer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n’aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu les directives appropriées.

Bien que l’appellant ait été accusé en vertu du par. 222(5) sans distinction entre les deux motifs—a) homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal et b) homicide involontaire coupable résultant de négligence criminelle—, le ministère public a principalement invoqué l’application de l’al. 222(5)a) dans ses prétentions, alléguant que l’utilisation d’une arme à feu d’une manière négligente par l’appellant, en contravention du par. 86(2), constituait l’infraction sous-jacente pour l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Le juge du procès a donné au jury des directives relativement à la fois à l’al. 222(5)a) (homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal) et à l’al. 222(5)b) (homicide involontaire coupable résultant de négligence criminelle). Toutefois, on n’a pas soulevé dans le cadre du présent pourvoi la question de savoir si les directives étaient appropriées relativement à l’infraction visée à l’al. 222(5)b) (homicide involontaire coupable résultant de négligence criminelle) et cette question ne sera pas examinée.

Finally, although the appellant raised the constitutionality of s. 222(5)(a) (unlawful act manslaughter) in his written submissions as a ground of appeal, this issue was not addressed by the Court of Appeal, nor was any constitutional question stated or conveyed to the provincial Attorneys General so as to allow them to intervene. Therefore, as the Court indicated at the time of the hearing, this issue will not be addressed herein. The constitutionality of s. 222(5)(a) is addressed, however, in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, released this same day, where the matter was properly before this Court, in which s. 222(5)(a) is upheld as constitutional under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

**B. Section 86(2) of the Code: Careless Use of a Firearm**

The question in this case is the proper interpretation of the elements of s. 86(2) of the *Code*, where it forms the predicate unlawful act for the offence of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code*. In this determination, the Court must discern the intent of Parliament, having regard to the purpose of the section and the applicable principles of statutory construction.

Though there are no other references to “careless[ness]” in the *Criminal Code*, there are a number of analogous provisions to s. 86(2). Sections 79 and 80, for instance, create an offence which punishes persons for failing to discharge a duty of care to prevent bodily harm and property damage with respect to the care and control of explosive substances. Section 436 creates an offence which punishes a marked departure from the standard of care that a reasonably prudent person would use to prevent or control the spread of fires or to prevent explosions, where the fires or explosions cause bodily harm to a person or damage to property. These provisions indicate Parliament’s intent that where people take care or control of inherently

Enfin, bien que l’appelant ait soulevé la constitutionnalité de l’al. 222(5)a) (homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal) dans ses observations écrites comme moyen d’appel, ce point n’a pas été examiné par la Cour d’appel, et aucune question constitutionnelle n’a été formulée ou transmise aux procureurs généraux des provinces pour leur permettre d’intervenir. En conséquence, comme notre Cour l’a indiqué à l’audience, cette question ne sera pas examinée en l’espèce. Toutefois, la constitutionnalité de l’al. 222(5)a) est examinée dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, rendu simultanément, dans lequel notre Cour a été correctement saisie de la question; dans cet arrêt, nous avons confirmé la constitutionnalité de l’al. 222(5)a) relativement à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

**B. Le paragraphe 86(2) du Code: L’utilisation d’une arme à feu de manière négligente**

En l’espèce, la question porte sur l’interprétation correcte à donner aux éléments du par. 86(2) du *Code*, lorsqu’il constitue l’acte illégal sous-jacent de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal prévue à l’al. 222(5)a) du *Code*. Pour répondre à cette question, notre Cour doit dégager l’intention du législateur, eu égard à l’objet de la disposition et aux principes applicables d’interprétation des lois.

Quoique l’expression «d’une manière négligente» ne soit pas utilisée ailleurs dans le *Code criminel*, il existe un certain nombre de dispositions analogues au par. 86(2). Par exemple, les art. 79 et 80 créent une infraction qui rend passible d’une peine une personne qui, ayant sous ses soins ou son contrôle une substance explosive, manque à l’obligation de prendre des précautions pour que cette substance explosive ne cause ni blessures corporelles ni dommages à la propriété. L’article 436 crée une infraction qui entraîne une peine pour une personne qui s’écarte de façon marquée du comportement normal qu’une personne raisonnablement prudente adopterait pour prévoir les incendies ou en limiter la propagation ou pour prévenir les explosions, dans le cas où l’incendie ou l’ex-

dangerous materials, they are put on notice that society has placed on them a specific duty of care.

In *Canadian Firearms Law* (1988), at p. 46, D. Hawley outlines what, in her view, provides the rationale for this provision:

This section is aimed at protecting people from the careless acts of others that may result in injury caused by this carelessness. Because firearms and ammunition have a potential for causing serious injury or death, Parliament has recognized that it is important that persons in possession of such items have a duty to use, carry, handle, ship and store them in a careful and safe manner.

In its Working Paper 46, *Omissions, Negligence and Endangering* (1985), the Law Reform Commission of Canada presented a further justification for rendering criminal the consequences of careless conduct (at p. 23):

The other misconception sees deterrence as the sole function of the criminal law. But is there not also room for reformation, prevention and support for values? Even if punishing carelessness did not deter, could it still not reform and teach offenders to take more care in future, prevent further carelessness and publicly affirm the value set on carefulness?

I agree with these descriptions of Parliament's intent in enacting s. 86(2).

What, then, is the basis of fault under s. 86(2)? In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 883, this Court unanimously found that the test for dangerous driving under s. 249 of the *Code* is an objective one, requiring "a marked departure from the standard of care of a reasonable person". In my opinion, the determination of what constitutes "in a careless manner" or "without reasonable precau-

plation cause des lésions corporelles à une personne ou la détérioration de biens. Ces dispositions indiquent l'intention du législateur d'informer les personnes qui ont sous leurs soins ou leur contrôle des substances fondamentalement dangereuses que la société leur impose une obligation spécifique de diligence.

Dans *Canadian Firearms Law* (1988), à la p. 46, D. Hawley présente ce qui, à son avis, est la raison d'être de la disposition:

[TRADUCTION] Cette disposition vise à protéger les personnes contre les actes de négligence, susceptibles d'entraîner des lésions corporelles pour autrui. Parce que les armes à feu et les munitions peuvent occasionner des blessures graves ou une perte de vie, le législateur a reconnu qu'il importe que les personnes en possession de ces articles aient l'obligation de les utiliser, de les porter, de les manipuler, de les expédier ou de les entreposer d'une manière prudente et sûre.

Dans son document de travail 46, *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985), la Commission de réforme du droit du Canada a présenté une autre justification de la criminalisation des conséquences de la conduite négligente (imprudence) (à la p. 26):

L'autre erreur consiste à considérer la dissuasion comme la seule fonction de la loi pénale. N'y a-t-il pas également place pour la réforme, la prévention et la défense des valeurs admises? Même si la sanction d'une imprudence n'a aucun effet dissuasif, ne pourra-t-elle pas avoir un effet préventif et rappeler aux délinquants qu'ils doivent prendre leurs précautions à l'avenir? Ne pourra-t-elle pas prévenir la commission d'autres imprudences et affirmer publiquement la valeur accordée à la prudence?

À mon avis, ces descriptions présentent bien quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a adopté le par. 86(2).

Quel est alors le fondement de la faute en vertu du par. 86(2)? Dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 883, notre Cour, à l'unanimité, a statué que le critère pour établir la conduite dangereuse dans le cadre de l'art. 249 du *Code*, est un critère objectif, soit celui «d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable». Selon moi, la détermina-

tions for the safety of other persons" is, following *Hundal*, to be assessed on an objective standard. I am supported in this view by the plain meaning of the words chosen by Parliament. Neither phrase connotes any subjective knowledge of the standard of care in the circumstances, nor any subjective awareness of the risks arising out of a marked departure from the standard of care.

I draw further support for this approach from a series of appellate court decisions in Canada which have squarely addressed the fault requirement under s. 86(2). Most have found that whether or not carelessness has been established is to be determined objectively. While I would not, in every case, adopt the phraseology of these courts in their elucidation of the requirements of the section, I do agree with their conclusion in this regard.

In *R. v. Derkosh* (1979), 52 C.C.C. (2d) 252 (Alta. C.A.), the acquittal of a man charged with storing firearms in a careless manner was upheld, on the basis that the evidence of the precautions taken by the accused negated the allegations of negligence. Speaking for the Court, Haddad J.A. adopted an objective test for the assessment of carelessness (at p. 254):

A duty is imposed on the possessor of firearms and ammunition, to ensure he is not careless in the manner in which he causes them to be stored, having regard to all of the circumstances. In positive words, there is a duty to take due care because these are potentially dangerous articles and a measure of safety is necessary.

In *R. v. Batalha* (1982), 70 C.C.C. (2d) 190 (B.C.C.A.), a man was acquitted of a summary offence under s. 86(2) (formerly s. 84(2)) of the *Code*, after an unloaded gun was found, with ammunition nearby, in a parked truck. The acquittal was set aside by the County Court judge. On

tion de ce que l'on entend par «d'une manière négligente» ou «sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui» doit, selon l'arrêt *Hundal*, se faire en fonction d'un critère objectif. Mon opinion s'appuie aussi sur le sens ordinaire des mots choisis par le législateur. En effet, aucune des deux expressions ne comporte l'idée d'une connaissance subjective de la norme de diligence applicable dans les circonstances, ni d'une connaissance subjective des risques découlant d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence.

Je fonde également mon analyse sur une série d'arrêts dans lesquels diverses cours d'appel canadiennes ont directement examiné l'exigence en matière de faute dans le cadre du par. 86(2). Dans la plupart des cas, on a conclu que le critère à utiliser pour déterminer si la négligence a été établie ou non, doit être objectif. Je n'adopterais pas dans chaque cas la phraséologie que ces tribunaux emploient lorsqu'ils expliquent les exigences de la disposition en question, mais je souscris à leurs conclusions sur ce point.

Dans l'arrêt *R. c. Derkosh* (1979), 52 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Alb.), la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'acquittement d'un homme accusé d'avoir entreposé des armes à feu d'une manière négligente au motif que la preuve des précautions qu'il avait prises venait contredire les allégations de négligence. S'exprimant au nom de la cour, le juge Haddad a adopté un critère objectif pour déterminer s'il y avait négligence (à la p. 254):

[TRADUCTION] Quiconque se trouve en possession d'armes à feu et de munitions a l'obligation de ne pas se montrer négligent dans la manière dont il les entrepose, compte tenu de toutes les circonstances. Exprimée positivement, cette proposition signifie qu'une personne doit faire preuve de la diligence nécessaire parce que ces articles sont potentiellement dangereux et exigent la prise de mesures de sécurité.

Dans l'arrêt *R. c. Batalha* (1982), 70 C.C.C. (2d) 190 (C.A.C.-B.), un homme a été acquitté d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire en vertu du par. 86(2) (auparavant le par. 84(2)) du *Code*: une arme avait été trouvée non chargée, avec des munitions à

appeal to the British Columbia Court of Appeal, Nemetz C.J.B.C. adopted the reasoning in *Derkosh, supra*, and then reached the following conclusion in dismissing the appeal (at pp. 191-92):

Counsel for the appellant in his able submission contended that without proof of advertence on the part of the accused there can be no conviction here. In making that submission he relied on such cases as *Mann v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 273, 56 D.L.R. (2d) 1, [1966] S.C.R. 238, and *Peda v. The Queen*, [1969] 4 C.C.C. 245, 6 D.L.R. (3d) 177, 7 C.R.N.S. 243.

In those cases Parliament used the word "dangerous" as setting the standard of care. These were mostly driving cases. In this case Parliament has used the word "careless" as being the standard.

As Mr. Justice Judson said in *O'Grady v. Sparling* (1960), 128 C.C.C. 1 at pp. 14-5, 25 D.L.R. (2d) 145, [1960] S.C.R. 804 at p. 809:

What the Parliament of Canada has done is to define "advertent negligence" as a crime under ss. 191(1) and 221(1) [now ss. 219(1) and 249(1)]. It has not touched "inadvertent negligence" . . . and until Parliament chooses to define it in the *Criminal Code* as "crime", it is not crime.

However, here in order to protect the public from the improper carrying, handling, shipping, and storing of firearms, Parliament has imposed a duty of care. If the accused failed in his duty, he is liable, because the *Code* says so, even if he is no more than civilly or inadvertently liable.

Thus, s. 86(2) of the *Criminal Code* cannot be said to punish a state of mind; rather, this section establishes an offence of negligence, which, like intention and recklessness, may provide a valid basis of fault in criminal law. What need be proven in order to convict under this provision is conduct that constitutes a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances. If a reasonable doubt exists either that the conduct in question did not constitute a

proximité, dans un camion en stationnement. Le verdict d'acquiescement a été annulé par un juge de la Cour de comté. Le juge Nemetz de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté le raisonnement suivi dans l'arrêt *Derkosh*, précité, et prononcé la conclusion suivante en rejetant l'appel (aux pp. 191 et 192):

[TRADUCTION] Dans sa solide plaidoirie, l'avocat de l'appelant soutient qu'il ne peut y avoir déclaration de culpabilité en l'absence d'une preuve que l'accusé a agi en toute conscience. À cette fin, il se fonde sur les arrêts *Mann c. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 273, 56 D.L.R. (2d) 1, [1966] R.C.S. 238, et *Peda c. The Queen*, [1969] 4 C.C.C. 245, 6 D.L.R. (3d) 177, 7 C.R.N.S. 243.

Dans les dispositions examinées dans ces arrêts, le législateur a utilisé le terme «dangereux» comme norme de diligence. Il s'agissait dans la plupart des cas d'infractions relatives à la conduite automobile. Dans le cas qui nous occupe, le législateur a utilisé le terme «manière négligente» comme norme.

Comme le juge Judson l'affirme dans l'arrêt *O'Grady c. Sparling* (1960), 128 C.C.C. 1, aux pp. 14 et 15, 25 D.L.R. (2d) 145, [1960] R.C.S. 804, à la p. 809:

[TRADUCTION] Le Parlement du Canada a donc défini la «négligence consciente» comme une infraction aux par. 191(1) et 221(1) [maintenant les par. 219(1) et 249(1)]. Il ne traite aucunement de la «négligence inconsciente» [ . . . ] et, tant que le Parlement n'aura pas choisi d'en faire une infraction prévue au *Code criminel*, elle ne constituera pas un «crime».

Toutefois, en l'espèce, afin de protéger le public contre le port, la manipulation, l'expédition ou l'entreposage non appropriés d'armes à feu, le législateur a imposé une obligation de diligence. Si l'accusé manque à cette obligation, il est responsable parce que le *Code* le prévoit, même s'il se trouve seulement responsable sur le plan civil ou de manière inconsciente.

En conséquence, on ne peut soutenir que le par. 86(2) du *Code criminel* vise à punir un état d'esprit; en fait, cette disposition crée plutôt une infraction de négligence, qui, comme l'intention et l'insouciance, peut constituer un fondement de faute valide en droit criminel. Pour déclarer une personne coupable en vertu de cette disposition, il faut établir qu'il y a eu une conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable-

marked departure from that standard of care, or that reasonable precautions were taken to discharge the duty of care in the circumstances, a verdict of acquittal must follow.

As I find the fault element under s. 86(2) of the *Code* to be objective, what remains is to outline what factors that assessment of fault should consider. It is this question that I shall now address.

### C. *The Objective Test*

While identifying the objective basis for the determination of fault under s. 86(2), the cases noted above tend to conflate the civil standard of negligence with the test for negligence in criminal law. Negligence in a criminal setting, or what I shall hereinafter refer to as “penal negligence” to distinguish it from offences involving a fault element of criminal negligence under s. 219 of the *Code*, subjects those convicted to the possibility of imprisonment. Unlike negligence under civil law, which is concerned with the apportionment of loss, penal negligence is concerned with the punishment of moral blameworthiness. The practical implication of the distinction is that a finding of negligence under the *Code*, whatever degree or species of negligence is contemplated by the charging section, is made somewhat differently than a finding of civil negligence. Penal negligence incorporates the particular frailties of the accused, if any, because he or she could not have acted other than they did in the circumstances. As I state in *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, released this same day, at p. 117, this approach is necessary if the principle of fundamental justice that prohibits punishing the morally innocent is to be respected.

In his book *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law* (1990), at p. 155, R. Duff contends that inadver-

ment prudente dans les circonstances. S’il existe un doute raisonnable que la conduite en question ne constitue pas un écart marqué par rapport à cette norme de diligence ou encore que des précautions raisonnables ont été prises pour s’acquitter de l’obligation de diligence dans les circonstances, un verdict d’acquiescement doit être prononcé.

Puisque j’estime que le par. 86(2) du *Code* établit un élément de faute objectif, il reste à formuler les facteurs dont il faudra tenir compte dans l’appréciation de la faute. C’est la question que j’aborderai maintenant.

### C. *Le critère objectif*

S’ils établissent le fondement objectif de la détermination de la faute dans le cadre du par. 86(2), les arrêts qui ont été cités ont tendance à assimiler le critère utilisé pour déterminer s’il y a négligence en matière civile à celui qui existe en matière criminelle. La négligence en matière criminelle, que j’appellerai «négligence pénale» pour la distinguer des infractions comportant un élément de faute de négligence criminelle en vertu de l’art. 219 du *Code*, rend passibles d’emprisonnement les personnes déclarées coupables. Contrairement à la négligence en matière civile, qui appelle une répartition des pertes, la négligence pénale donne lieu à la punition de la conduite moralement blâmable. En pratique, cette distinction signifie que l’on procédera quelque peu différemment pour rendre un verdict de négligence en vertu du *Code*, quel que soit le degré ou le type de négligence envisagé par l’article constitutif d’infraction, et pour rendre un verdict de négligence en matière civile. La notion de négligence pénale tient compte des faiblesses particulières de l’accusé, le cas échéant, parce qu’il n’aurait pu agir autrement dans les circonstances. Comme je l’affirme, à la p. 117, dans l’arrêt *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, rendu simultanément, c’est l’analyse qu’il faut adopter si l’on veut assurer le respect du principe de justice fondamentale qui interdit de punir la personne moralement innocente.

Dans son ouvrage intitulé *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law* (1990), à la p. 155, R. Duff soutient

tence may properly be construed as a morally blameworthy basis of fault:

One obvious objection to [orthodox subjectivism] is that it has no room for negligence as a species of fault, since the negligent agent does not choose to cause, or to risk causing, harm. But negligence surely *is* a species of fault, albeit less serious than recklessness: we properly *blame* people for their negligence. [Emphasis in original.]

In my view, this reasoning is sound. Section 86(2) punishes a marked departure from the standard of care as a species of criminal fault. This is not a case, however, of a person seeing a risk and recklessly disregarding that risk in his or her conduct, but rather of a person who fails to take reasonable precautions in response to the duty that has been placed upon him or her, and should have taken; the breach of this duty is demonstrated by the risk of harm to which their conduct gives rise. This provision, therefore, punishes those who have not acted reasonably.

Reasonableness cannot, however, be assessed in the abstract, but must relate to the circumstances of the accused and of the offence. In *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at p. 1434, I stated that in applying the objective norm set out in the definition of criminal negligence in s. 202 of the *Criminal Code* (now s. 219), there "must be made 'a generous allowance' for factors which are particular to the accused, such as youth, mental development, education . . .". This position has since been described (by Eric Colvin in *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 151), as "a highly personalized approach to assessing negligence".

Most recently, in *R. v. Hundal*, *supra*, a case considering the test for dangerous driving, Cory J. describes the objective basis for a finding of negligence in the following terms (at p. 883):

que l'inadvertance peut constituer le fondement moralement blâmable de la faute:

[TRADUCTION] Un inconvénient évident [du subjectivisme orthodoxe] est qu'il ne laisse pas place à la négligence comme type de faute, puisque l'auteur de la négligence ne choisit pas de causer ou de risquer de causer un préjudice. Toutefois, la négligence *est* certainement un type de faute, quoique moins grave que l'insouciance; c'est à raison que l'on *blâme* les gens pour leur négligence. [En italique dans l'original.]

À mon avis, ce raisonnement est solidement fondé. Le paragraphe 86(2) punit comme type de faute criminelle une conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence. Toutefois, cette disposition ne vise pas le cas où une personne décide par insouciance d'ignorer un risque dont elle s'est rendu compte, mais plutôt celui d'une personne qui ne prend pas les précautions raisonnables qu'elle aurait dû prendre face à l'obligation qui lui est imposée; le manquement à cette obligation est établi par le risque de préjudice auquel la conduite donne lieu. En conséquence, le par. 86(2) punit les personnes qui n'agissent pas de façon raisonnable.

Toutefois, l'examen du caractère raisonnable d'une conduite ne peut se faire dans l'abstrait, mais doit se rapporter aux circonstances concernant l'accusé et l'infraction. Dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, à la p. 1434, j'ai dit que pour appliquer le critère objectif édicté dans la définition de la négligence criminelle à l'art. 202 du *Code criminel* (maintenant l'art. 219), «il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction . . .» Cette position a depuis été décrite (par Eric Colvin dans *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 151) comme [TRADUCTION] «une méthode très personnalisée d'apprécier la négligence».

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité, qui portait sur le critère applicable à la conduite dangereuse, le juge Cory décrit ainsi le fondement objectif applicable pour déterminer s'il y a négligence (à la p. 883):



... the test for negligence is an objective one requiring a marked departure from the standard of care of a reasonable person. There is no need to establish the intention of the particular accused. The question to be answered under the objective test concerns what the accused "should" have known. The potential harshness of the objective standard may be lessened by the consideration of certain personal factors as well as the consideration of a defence of mistake of fact.

This approach is consistent with recent judicial pronouncements with respect to the law regarding dangerous driving in England. In *R. v. Reid*, [1992] 3 All E.R. 673 (H.L.), there is a general recognition that the capacity of the accused to appreciate risk is relevant to a determination of fault. Lord Keith, for example (at p. 675), found that the assessment of fault on the basis of inadvertence may have to be "modified . . . for example, where the driver acted under some understandable and excusable mistake or where his capacity to appreciate risks was adversely affected by some condition not involving fault on his part".

The principles underlying the consideration of the capacity of the accused are discussed in detail in *R. v. Creighton*, *supra*. I wish to emphasize, however, that having regard for the human frailties of a particular accused to the extent they might affect his or her ability to meet the standard of care required in the circumstances is not tantamount to adopting a subjective test for assessing fault. The objective test can clearly be distinguished from a subjective test in which the accused must be proven to have actual awareness that his or her conduct is creating a risk of harm. Under a subjective test, all characteristics of the accused are relevant, since the inquiry concerns what this particular accused knew and intended. The objective test, by contrast, holds an accused liable even in the absence of actual awareness, provided that awareness would have been present in the reasonable person.

Once a marked departure from the standard of care is established, the focus of the investigation

... pour déterminer s'il y a négligence, le critère est objectif, soit celui d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable. Point n'est besoin d'établir l'intention de l'accusé. La question qui se pose aux fins du critère objectif concerne ce que l'accusé «aurait dû» savoir. La sévérité éventuelle du critère objectif peut cependant être atténuée par la prise en considération de certains facteurs personnels et du moyen de défense de l'erreur de fait.

Cette analyse est compatible avec les récentes décisions judiciaires portant sur les règles de droit applicables à la conduite dangereuse en Angleterre. Dans l'arrêt *R. c. Reid*, [1992] 3 All E.R. 673 (H.L.), on reconnaît généralement que la capacité de l'accusé d'apprécier le risque est un élément pertinent dans la détermination de la faute. Par exemple, lord Keith (à la p. 675) affirme que l'appréciation de la faute sur le fondement de l'inadvertance devra peut-être être [TRADUCTION] «modifiée [. . .] par exemple, lorsque le conducteur a accompli un geste par suite d'une erreur compréhensible et excusable ou que sa capacité d'apprécier les risques a été réduite en raison d'une situation ne comportant aucune faute de sa part».

Les principes qui sous-tendent l'examen de la capacité de l'accusé sont analysés en détail dans l'arrêt *R. c. Creighton*, précité. Je tiens toutefois à faire ressortir que tenir compte des faiblesses d'un accusé susceptibles d'influer sur sa capacité de satisfaire à la norme de diligence exigée dans les circonstances n'équivaut pas à l'adoption d'un critère subjectif aux fins de l'appréciation de la faute. Le critère objectif se distingue clairement d'un critère subjectif dont l'application exige la preuve que l'accusé était véritablement conscient que sa conduite créait un risque de préjudice. Avec un critère subjectif, tous les traits caractéristiques de l'accusé sont pertinents puisque l'examen porte sur ce que cet accusé savait et sur ce qu'il avait l'intention de faire. Par contre, avec le critère objectif, un accusé sera tenu responsable même en l'absence d'une véritable conscience du risque, à la condition que cette conscience aurait existé chez la personne raisonnable.

Une fois établi un écart marqué par rapport à la norme de diligence, l'examen, dans le cas de négli-

under penal negligence must shift, therefore, to the question of whether the accused was capable of recognizing that he or she had fallen short of the standard of care required in the circumstances by the charging section.

It is important to distinguish, however, between the relevance of personal factors to the question of whether the accused's conduct constituted a marked departure from the standard of care of a reasonable person, and the relevance of personal factors to the question of whether the accused was capable of meeting that standard of care. I note initially that some factors particular to the offence will not be personal to the accused: the standard of care must obviously be determined with reference to the external, physical circumstances of the offence (e.g., prevailing road conditions where a driving offence is at issue). Rather a personal factor relevant to defining the standard of care is the accused's membership in a group characterized by training or specially superior knowledge which indicates that a higher standard of care than that which would be expected of the untrained or non-specialist reasonable person is appropriate. Just as in the law of civil negligence, the defendant with special knowledge or experience is held to a higher standard commensurate with that knowledge or experience, so in penal negligence a police officer trained and experienced in the use of firearms should be held to a higher standard of care in the handling of firearms than the non-police officer. The standard of care in the law of professional negligence provides another example of this approach.

Common sense dictates that the nature of the activity in question will determine whether any special knowledge, training or experience of the group is relevant at this stage of the inquiry: while training and experience as an ambulance driver will affect the standard of care in a driving offence, but not in an offence involving the use of firearms,

gence pénale, doit ensuite porter sur la question de savoir si l'accusé était en mesure de reconnaître qu'il n'avait pas satisfait à la norme de diligence requise par la disposition constitutive d'infraction dans les circonstances.

Il importe toutefois d'établir une distinction entre la pertinence des facteurs personnels quant à la question de savoir si la conduite de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable, et la pertinence des facteurs personnels quant à la question de savoir si l'accusé était en mesure de satisfaire à cette norme. Je fais remarquer au départ que certains facteurs propres à l'infraction ne seront pas personnels à l'accusé: le norme de diligence doit de toute évidence être établie par rapport aux circonstances externes ou matérielles de l'infraction (par exemple, les conditions de la chaussée dans le cas d'une infraction au code de la route). D'autre part, un facteur personnel pertinent aux fins de la définition de la norme de diligence est l'appartenance de l'accusé à un groupe qui a reçu une formation ou possède des connaissances particulièrement supérieures, indiquant qu'il doit satisfaire à une norme de diligence plus sévère que celle applicable à la personne raisonnable qui n'a pas reçu de formation ou n'est pas spécialiste. De même que le défendeur possédant des connaissances ou une expérience spéciales doit, selon les règles de droit en matière de négligence civile, satisfaire à une norme plus sévère à la mesure de ces connaissances ou de cette expérience, un policier qualifié et expérimenté dans l'utilisation des armes à feu devrait, en matière de négligence pénale, satisfaire à une norme de diligence plus sévère que la personne ordinaire relativement au maniement des armes à feu. La norme de diligence applicable en matière de négligence professionnelle offre un autre exemple de cette méthode.

Le bon sens commande que la nature de l'activité en question déterminera si des connaissances, une formation ou une expérience spéciales sont pertinentes à cette étape de l'examen: alors que la formation et l'expérience d'un conducteur d'ambulance influenceront sur la norme de diligence applicable dans le cas d'une infraction au code de la route,

the appellant's training and experience as a police officer most certainly will be relevant to the standard of care under s. 86(2) in this case.

This attention to characteristics of the group to which the accused belongs does not make the definition of the standard of care any more subjective than it is in the law of civil negligence: the threshold question remains whether the accused's actions constituted a marked departure from the conduct expected of a reasonable member of the experienced or specialist group.

In contrast, the factors which will be relevant to capacity in the context of penal negligence will be those which may have impaired, rather than enhanced, the accused's personal ability to know the facts necessary to have acted reasonably, and thus serve to excuse the accused from liability.

The analytical distinction between these types of personal factors is best illustrated in a checklist of questions for the trier of fact. In the determination of fault under s. 86(2) of the *Code*, it would be necessary for the jury to be instructed to consider the following questions:

- (1) Was the conduct of the accused a marked departure from the standard of care of a reasonable person in the circumstances of the offence?

If the answer to this question is no, then the accused must be acquitted, since his or her conduct was not objectively negligent. If the answer is yes, however, then the jury must be instructed to consider the second question:

- (2) Was the conduct of the accused a marked departure from the required standard of care because

mais non dans le cas d'une infraction relative à l'utilisation d'armes à feu, la formation et l'expérience de l'appelant comme policier seront très certainement pertinentes aux fins de la détermination de la norme de diligence applicable en vertu du par. 86(2).

L'attention apportée aux traits caractéristiques du groupe auquel appartient l'accusé ne rend pas plus subjective la définition de la norme de diligence applicable qu'elle ne l'est selon le droit en matière de négligence civile: la question fondamentale est de savoir si les gestes de l'accusé constituaient un écart marqué par rapport à la conduite d'un membre raisonnable du groupe expérimenté ou spécialisé.

Par contre, les facteurs qui seront pertinents relativement à la question de la capacité dans le contexte de la négligence pénale seront ceux qui sont susceptibles d'avoir affaibli, plutôt qu'accru, la capacité personnelle de l'accusé de connaître les faits qui lui auraient permis d'agir de façon raisonnable et, en conséquence, de se dégager de toute responsabilité.

La meilleure façon de comprendre la distinction analytique entre ces types de facteurs personnels est de l'examiner par rapport à une liste de contrôle que doit utiliser le juge des faits. Dans la détermination de la faute en vertu du par. 86(2) du *Code*, il y aurait lieu de demander au jury d'examiner les questions suivantes:

- (1) La conduite de l'accusé constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances de l'infraction?

Si la réponse est négative, l'accusé doit être acquitté puisqu'il n'a pas eu une conduite négligente par rapport à un critère objectif. Toutefois, si la réponse est affirmative, il faut alors indiquer au jury qu'il doit examiner la deuxième question:

- (2) Est-ce que la conduite de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence requise:

(a) he or she did not turn his or her mind to the duty of care and thus to the risk likely to result from the conduct; or

(b) he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the duty of care, due to human frailties?

If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability for negligence. If the answer is (b), the third stage of the inquiry is needed, under which the jury should be instructed to consider the third question:

(3) In the context of the particular offence, would the reasonable person with the capacities of the accused have made him or herself aware of the required duty of care?

If a jury should find the appellant's use of the firearm in this case met the threshold of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent police officer in the circumstances, and no evidence is tendered to suggest that the appellant, due to any particular human frailty, was unable to exercise his duty of care in the circumstances, then the appellant must be convicted under s. 86(2) of the *Code*.

While it was clear that the firing of the appellant's gun caused the death of Mr. Griffin, a finding of fault under s. 86(2) is not sufficient to find the appellant guilty of unlawful act manslaughter. In *R. v. Creighton, supra*, I set out the following elements which must be proven in order to convict an accused of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a): (1) that the unlawful act caused the death of the victim; (2) that the accused has satisfied the fault requirement of that unlawful act (which cannot be one of absolute liability); (3) that the unlawful act is objectively dangerous; and (4) that the unlawful act was one from which a reason-

a) soit parce qu'il n'a pas réfléchi à l'obligation de diligence ni, par conséquent, au risque de préjudice que sa conduite comportait;

b) soit parce que, en raison de faiblesses humaines, il n'avait pas la capacité de réfléchir à l'obligation de diligence?

Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient d'une chose constitue une excuse à la responsabilité criminelle en cas de négligence. Si la réponse est b), il y a lieu de procéder à la troisième étape de l'examen et d'indiquer au jury d'examiner la troisième question:

(3) Dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait-elle fait en sorte d'être consciente de l'obligation de diligence requise?

Si un jury devait conclure que l'utilisation de l'arme à feu par l'appelant constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait un policier raisonnablement prudent dans les circonstances, et si l'on ne présente aucune preuve laissant supposer que l'appelant, en raison d'une faiblesse humaine particulière, n'était pas en mesure de satisfaire à son obligation de diligence dans les circonstances, alors l'appelant doit être déclaré coupable en vertu du par. 86(2) du *Code*.

Bien qu'il soit clair que la mise à feu du pistolet de l'appelant a causé la mort de M. Griffin, un verdict de faute en vertu du par. 86(2) n'est pas suffisant pour déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire résultant d'un acte illégal. Dans l'arrêt *R. c. Creighton*, précité, je précise qu'il faut prouver les éléments suivants pour déclarer un accusé coupable d'homicide involontaire résultant d'un acte illégal en vertu de l'al. 222(5)a): (1) que l'acte illégal a causé la mort de la victime; (2) que l'exigence en matière de faute pour cet acte illégal (qui ne peut être un acte de responsabilité absolue) est imputable à l'accusé; (3) que l'acte illégal est un acte dangereux, selon un critère objectif, et (4) que l'acte illégal était tel

able person, in the circumstances of the accused, would have foreseen the risk of death.

Should a new trial be ordered, the jury would have to be instructed to consider the capacity of the accused again in the context of the fourth element of the offence, to determine whether the accused was capable of foreseeing the risk of death arising from the unlawful act. In *R. v. Creighton*, I outline the objective test to be applied in order to establish fault for unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code*.

I shall now turn to the task of evaluating the trial judge's charge to the jury.

*D. The Charge to the Jury and s. 686(4)(b)(i) of the Criminal Code*

In his charge to the jury, the trial judge stated that, in order to convict the appellant under s. 86(2) as the predicate unlawful act for s. 222(5)(a) of the *Code*, the prosecution had to establish that the appellant possessed [TRANSLATION] "a criminal state of mind" and that a finding of simple negligence was insufficient to satisfy this standard. The meaning of "criminal state of mind" was not discussed anywhere in the charge to the jury. Subsequently, at the close of his address on the relevant law, the trial judge put five questions to the jury, all of which reiterated that, in order to convict, the jury had to be satisfied that the appellant had "a criminal state of mind". In directing the jury to address these questions, and inquire into the mind of the accused, in order to determine if he possessed "criminal" intent, the learned trial judge, with respect, committed an error in law.

All the members of the Court of Appeal found that the trial judge had erred in his charge to the jury on the assessment of carelessness under s. 86(2); Brossard J.A., however, dissented on the question of the implications of this error. Brossard J.A. was not convinced with a reasonable degree of certainty that the verdict of not guilty would have been different if the error had not been committed.

qu'une personne raisonnable aurait, dans les circonstances où se trouvait l'accusé, prévu le risque de mort.

Si la tenue d'un nouveau procès était ordonnée, il faudrait dire au jury qu'il doit examiner de nouveau la capacité de l'accusé dans le contexte du quatrième élément de l'infraction, afin de déterminer si l'accusé avait la capacité de prévoir le risque de mort découlant de l'acte illégal. Dans l'arrêt *R. c. Creighton*, je formule le critère objectif qu'il y a lieu d'appliquer pour établir la faute requise pour un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal en vertu de l'al. 222(5)a) du *Code*.

J'examinerai maintenant l'exposé du juge du procès au jury:

*D. Les directives au jury et le sous-al. 686(4)b)(i) du Code criminel*

Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit que le ministère public devait, pour que l'appellant puisse être déclaré coupable en vertu du par. 86(2) comme acte illégal sous-jacent pour l'al. 222(5)a) du *Code*, établir que l'appellant avait «un état d'esprit criminel» et que la simple négligence ne permet pas de satisfaire à cette norme. Le sens de l'expression «état d'esprit criminel» n'a pas été expliqué au jury. À la fin de ses directives sur les règles de droit applicables, le juge du procès a présenté au jury cinq questions dans chacune desquelles il répétait que, pour prononcer un verdict de culpabilité, le jury devait être convaincu que l'appellant avait «un état d'esprit criminel». Lorsqu'il a demandé au jury de se pencher sur ces questions et d'examiner l'état d'esprit de l'accusé pour déterminer si celui-ci avait une intention «criminelle» le juge du procès, avec égards, a commis une erreur de droit.

Tous les juges de la Cour d'appel ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury relativement à l'appréciation de la négligence prévue au par. 86(2); toutefois, le juge Brossard était dissident sur la question des répercussions de cette erreur, n'étant pas convaincu avec un degré raisonnable de certitude que le verdict de non-culpabilité aurait été différent en

Therefore, Brossard J.A. saw no need for a new trial.

Having concluded that the Court of Appeal was correct in finding that the trial judge erred in his charge to the jury, it is necessary to determine if the majority of the Court of Appeal was also correct in setting aside the acquittal and ordering a new trial under s. 686(4)(b)(i) of the *Code*.

In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, Sopinka J. stated the threshold to be met for setting aside an acquittal and ordering a new trial under the section in the following manner:

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

Brossard J.A., in departing from the majority on the question of whether a properly instructed jury, acting reasonably, could have come to a different conclusion, makes an important inference based on the jury's verdict of an acquittal. In his view, the acquittal of the appellant implied that the jury had accepted the appellant's defence that the discharge of the gun had been accidental, involuntary and of an unconscious nature.

With respect, I do not think this inference necessarily follows from the acquittal. The jury was instructed to determine if criminal negligence had been established, and may even have been misdi-

l'absence d'erreur. À son avis, il n'y avait donc pas lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Vu la conclusion que la Cour d'appel a à bon droit jugé que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury, il est maintenant nécessaire de déterminer si la Cour d'appel à la majorité a également eu raison d'annuler l'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu du sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code*.

Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374, le juge Sopinka a formulé comme suit l'obligation minimale que doit remplir la poursuite pour que la cour annule un acquiescement et ordonne la tenue d'un nouveau procès en vertu du sous-alinéa en question:

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquiescement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

Le juge Brossard, dissident quant à savoir si un jury ayant reçu les directives appropriées, agissant d'une façon raisonnable, aurait pu arriver à une conclusion différente, fait une importante inférence fondée sur le verdict d'acquiescement prononcé par le jury. À son avis, l'acquiescement de l'appellant implique que le jury a cru la défense de l'appellant que le coup de feu avait été le résultat d'un acte accidentel, involontaire et de nature inconsciente.

Avec égards, je ne crois pas que cette inférence découle nécessairement de l'acquiescement. Suivant les directives reçues, le jury devait déterminer si la négligence criminelle avait été établie, et il a

rected to look for “malice”. The jury could well have accepted that the discharge of the weapon had not been involuntary or unconscious, and still found that the elements of criminal negligence had not been proven beyond a reasonable doubt.

More importantly, given the seriousness of the error in the charge, which went to the very heart of the elements of the offence that the Crown had to establish, I would say with more than a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by the error in the trial judge’s charge. Consequently, a new trial is required.

#### V. Disposition

I would dismiss the appeal, and affirm the decision of the majority of the Quebec Court of Appeal ordering a new trial.

The judgment of La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—The appellant, a police officer, is charged with manslaughter. A suspect was attempting to escape. The appellant yelled “Stop or I’ll shoot”, and pointed his gun in the direction of the suspect. A shot went off. It hit the suspect in the head and killed him. The appellant was charged with “unlawful act manslaughter”, on the basis that he had killed someone while handling a firearm in a careless manner contrary to s. 86(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 84(2)). At trial the appellant testified that he never intended to shoot and that the gun went off accidentally. The jury acquitted him. The Court of Appeal set the acquittal aside on the ground that the judge had misdirected the jury and ordered a new trial.

The appeal to this Court raises the question of the proper test for the careless handling of a fire-

même pu recevoir une directive erronée l’ayant amené à examiner s’il y avait «malice». Le jury aurait bien pu accepter que le coup de feu n’avait pas été involontaire ou inconscient, et conclure quand même que les éléments de la négligence criminelle n’avaient pas été prouvés hors de tout doute raisonnable.

Fait encore plus important, vu la gravité de l’erreur contenue dans les directives, laquelle touchait les éléments mêmes de l’infraction qu’il incombait au ministère public d’établir, j’affirmerais avec plus qu’un degré raisonnable de certitude que l’erreur commise par le juge du procès dans ses directives au jury a bien pu avoir influé sur l’issue du procès. En conséquence, il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

#### V. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’arrêt de la Cour d’appel du Québec, à la majorité, qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Version française du jugement des juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—L’appelant, un policier, a été accusé d’homicide involontaire coupable. Un suspect tentait de s’évader. L’appelant a crié «Arrête ou je tire» et a ensuite braqué son revolver en direction du suspect. Un coup de feu est parti. Le suspect a été mortellement atteint à la tête. L’appelant a été accusé «d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal», au motif qu’il avait tué quelqu’un pendant qu’il manipulait une arme à feu d’une manière négligente, en contravention du par. 86(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le par. 84(2)). Au procès, l’appelant a témoigné qu’il n’avait jamais eu l’intention de faire feu et que le coup était parti accidentellement. Le jury l’a acquitté. La Cour d’appel a annulé l’acquittement au motif que le juge avait donné des directives erronées au jury et elle a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Le pourvoi devant notre Cour soulève la question du critère applicable à la manipulation négli-

arm. Depending on the answer to this question, a further question may arise of whether the verdict would have necessarily been the same had the jury been told to apply the correct test. My view on the applicable legal principles is set out in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

I agree with the Chief Justice that it was open to the jury to find that the conduct of the police officer constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances. This was sufficient to permit a finding of the necessary *actus reus* and *mens rea*, absent evidence of incapacity to appreciate the risk involved in the conduct. The Court of Appeal below, [1991] R.J.Q. 1567, found that "in this case, there is nothing in the evidence to suggest that [Mr. Gosset] would not have been able to recognize a risk of danger that all reasonable people would inevitably recognize as a risk of danger in the use or handling of a firearm" (reasons of Rothman J.A., at p. 1574). In short, there was no incapacity which prevented the accused from taking the care a reasonable person would have taken in the circumstances. This was precisely the test I have attempted to enunciate more fully in *R. v. Creighton*.

I agree, however, with the Chief Justice that the misdirection to the jury he refers to requires that a new trial be directed.

I would dismiss the appeal, and affirm the decision of the majority of the Quebec Court of Appeal ordering a new trial.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: René de la Sablonnière, Québec.*

gente d'une arme à feu. En fonction de la réponse à cette question, il faudra peut-être ensuite déterminer si le verdict aurait nécessairement été le même si le jury avait été informé d'utiliser le critère approprié. J'ai formulé dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, rendu simultanément, mon opinion concernant les principes juridiques applicables.

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il appartenait au jury de conclure que la conduite du policier constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances. Cela était donc suffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* nécessaires, en l'absence de preuve d'incapacité d'apprécier le risque lié à la conduite. La Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 1567, a statué que: [TRADUCTION] «en l'espèce, rien dans la preuve ne laisse supposer que [M. Gosset] n'aurait pas été en mesure de se rendre compte du risque ou du danger que toute personne raisonnable reconnaîtrait inévitablement comme un risque ou un danger lié à l'utilisation ou à la manipulation d'une arme à feu» (motifs du juge Rothman, à la p. 1574). Bref, l'accusé n'avait aucune incapacité qui l'empêchait d'observer la norme de prudence d'une personne raisonnable dans les circonstances. C'est précisément le critère que j'ai tenté de formuler plus à fond dans l'arrêt *R. c. Creighton*.

Toutefois, tout comme le Juge en chef j'estime que, en raison de la directive erronée au jury dont il fait mention, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec à la majorité, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: René de la Sablonnière, Québec.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Orval Stuart Finlay** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. FINLAY

File No.: 22596.

1992: October 15; 1993: September 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition "in a careless manner" — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).*

*Criminal law — Mens rea — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition "in a careless manner" — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).*

The accused was charged with storing firearms and ammunition in a careless manner, contrary to s. 86(2) of the *Criminal Code*. He was granted a stay of proceedings in Provincial Court, on the basis that s. 86(2) violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Queen's Bench reversed this judgment and ordered that the matter proceed to trial. It found that since the defence of due diligence was

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Orval Stuart Finlay** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba,**  
<sup>c</sup> **le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. FINLAY

<sup>d</sup>

N<sup>o</sup> du greffe: 22596.

1992: 15 octobre; 1993: 9 septembre.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).*

<sup>g</sup> *Droit criminel — Mens rea — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).*

<sup>i</sup> L'inculpé a été accusé d'avoir entreposé des armes à feu et des munitions d'une manière négligente, en contravention du par. 86(2) du *Code criminel*. Il a obtenu un arrêt des procédures en cour provinciale, pour le motif que le par. 86(2) du *Code* viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière dont la justification ne peut pas se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a infirmé ce jugement et a ordonné la tenue du procès.

available, s. 7 of the *Charter* did not affect the validity of s. 86(2). The Court of Appeal allowed the accused's appeal and restored the stay of proceedings. It found that "mere negligence" did not meet the constitutional fault requirement found in s. 7 of the *Charter* and that the section was not saved by s. 1 of the *Charter*.

*Held*: The appeal should be allowed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: Lamer C.J.'s reasons were agreed with, except with respect to the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J.: In conducting a substantive review of criminal legislation under s. 7 of the *Charter*, courts must ensure that an element of fault allowing at least for a defence of due diligence is contained in all offences for which an accused is liable to imprisonment. Where the offence is one which carries sufficient social stigma coupled with potentially severe penal sanctions, the principles of fundamental justice may require a higher level of *mens rea*. Based on the interpretation of the section in *R. v. Gosset*, s. 86(2) of the *Code* satisfies these requirements. The fault requirement of the provision is to be assessed objectively and consists of conduct that is a marked departure from the standard of care of a reasonable person in the circumstances. If a reasonable doubt exists either that the conduct in question did not constitute a marked departure from that standard of care, or that reasonable precautions were taken to discharge the duty of care in the circumstances, a verdict of acquittal must follow. The objective assessment of fault also has to consider the capacity of an accused to meet the standard of care required in the circumstances. Given the nature of the offence, the absence of any proof of advertence in the imposition of a conviction, and the range of punishment upon conviction, there is not sufficient stigma arising from a conviction under s. 86(2) to require a subjective *mens rea*.

Elle a considéré que, puisqu'il était possible d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense, l'art. 7 de la *Charte* n'a pas d'effet sur la validité du par. 86(2). La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a rétabli l'arrêt des procédures. Elle a statué qu'une «simple négligence» ne satisfait pas à l'exigence constitutionnelle en matière de faute que prévoit l'art. 7 de la *Charte* et que l'article n'est pas sauvé par l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf pour ce qui est du critère objectif pour la négligence pénale, analysé dans l'arrêt *R. c. Gosset*.

*Le juge en chef* Lamer et le juge Sopinka: Dans le cadre d'un examen quant au fond des lois en matière criminelle aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, les tribunaux doivent s'assurer que toutes les infractions pour lesquelles un accusé est passible d'une peine d'emprisonnement comprennent un élément de faute qui permette au moins le recours à la diligence raisonnable comme moyen de défense. Lorsqu'il s'agit d'une infraction qui comporte suffisamment de stigmates sociaux associés à des sanctions pénales qui peuvent être sévères, les principes de justice fondamentale peuvent exiger un degré plus élevé de *mens rea*. Sur le fondement de l'interprétation donnée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, le par. 86(2) du *Code* satisfait à ces exigences. L'exigence en matière de faute que prévoit le paragraphe doit être évaluée de façon objective, et il s'agit de la conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente dans les circonstances. S'il existe un doute raisonnable soit que la conduite en question ne constituait pas un écart marqué par rapport à la norme de diligence, soit que les précautions raisonnables ont été prises pour s'acquitter de l'obligation de diligence dans les circonstances, il faut prononcer un verdict d'acquiescement. L'évaluation objective de la faute doit également prendre en considération la capacité d'un accusé de satisfaire à la norme de diligence requise dans les circonstances. Étant donné la nature de l'infraction, l'absence de toute preuve que l'accusé a agi consciemment lorsqu'une déclaration de culpabilité est prononcée et l'étendue de la peine en cas de déclaration de culpabilité, il n'y a pas suffisamment de stigmates qui découleraient d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu du par. 86(2) pour exiger une *mens rea* subjective.

Even though s. 86(2) of the *Code* will shortly be repealed and replaced, the accused remains in jeopardy, and the issue in this case is therefore not moot.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Followed:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76.

By Lamer C.J.

**Referred to:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Bovill* (1986), 78 Sask. R. 14; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1301; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Durham* (1992), 10 O.R. (3d) 596; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code and the Customs Tariff in consequence thereof*, S.C. 1991, c. 40, s. 3 (not in force).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 24.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 86.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 86(2), 249.

### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 53. *Workplace Pollution*. Ottawa: The Commission, 1986.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 91 Sask. R. 228, 64 C.C.C. (3d) 557, 6 C.R. (4th) 157, 6 C.R.R. (2d) 128, [1991] 5 W.W.R. 193, reversing a decision of the Court of Queen's Bench (1990), 83 Sask. R. 191, 55 C.C.C. (3d) 548, 50 C.R.R. 381, setting aside a stay of proceedings ordered by Finley Prov. Ct. J. (1989), 53 C.C.C. (3d) 417. Appeal allowed.

Même si le par. 86(2) du *Code* sera bientôt abrogé et remplacé, l'accusé continue d'être en danger et la question soulevée dans le présent pourvoi n'est par conséquent pas théorique.

<sup>a</sup>

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt suivi:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76

<sup>b</sup>

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Bovill* (1986), 78 Sask. R. 14; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1301; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Durham* (1992), 10 O.R. (3d) 596; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443.

<sup>c</sup>

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2), 249.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 86.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi modifiant le Code criminel et le Tarif des douanes en conséquence*, L.C. 1991, ch. 40, art. 3 (pas encore en vigueur).

### Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 53. *La pollution en milieu de travail*. Ottawa: La Commission, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1991), 91 Sask. R. 228, 64 C.C.C. (3d) 557, 6 C.R. (4th) 157, 6 C.R.R. (2d) 128, [1991] 5 W.W.R. 193, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1990), 83 Sask. R. 191, 55 C.C.C. (3d) 548, 50 C.R.R. 381, qui avait annulé un arrêt des procédures ordonné par le juge Finley de la Cour provinciale (1989), 53 C.C.C. (3d) 417. Pourvoi accueilli.

<sup>d</sup>

<sup>e</sup>

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

*Graeme G. Mitchell and Thomson Irvine*, for the appellant.

*Graeme G. Mitchell et Thomson Irvine*, pour l'appelante.

*Mark Brayford*, for the respondent.

*Mark Brayford*, pour l'intimé.

*William H. Corbett, Q.C.*, and *Peter J. Lamont*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*William H. Corbett, c.r.*, et *Peter J. Lamont*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Ian R. Smith*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Ian R. Smith*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*François Huot, Mario Tremblay and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*François Huot, Mario Tremblay et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Brian G. Wilford*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Brian G. Wilford*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

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

*Ken Tjosvold*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Ken Tjosvold*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The reasons of *Lamer C.J.* and *Sopinka J.* were delivered by

Version française des motifs du juge en chef *Lamer* et du juge *Sopinka* rendus par

LAMER C.J.—This case concerns a challenge to the constitutionality of s. 86(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur une contestation de la constitutionnalité du par. 86(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## I. Facts

The respondent was charged that on or about February 27, 1989, he did without lawful excuse store firearms and ammunition in a careless manner, contrary to s. 86(2) of the *Code*. Prior to trial, the respondent made an application for a stay of proceedings, on the basis that s. 86(2) of the *Code* violated s. 7 of the *Charter* in a manner that could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

## I. Les faits

L'intimé a été accusé d'avoir, aux environs du 27 février 1989, sans excuse légitime, entreposé des armes à feu et des munitions d'une manière négligente, en contravention du par. 86(2) du *Code*. Avant la tenue du procès, l'intimé a demandé un arrêt des procédures, pour le motif que le par. 86(2) du *Code* viole l'art. 7 de la *Charte* d'une manière dont la justification ne peut pas se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Finley Prov. Ct. J. allowed the respondent's application and ordered a stay of proceedings: (1989), 53 C.C.C. (3d) 417. The appellant appealed to the Court of Queen's Bench for Sas-

Le juge Finley de la Cour provinciale a accueilli la demande de l'intimé et a ordonné l'arrêt des procédures: (1989), 53 C.C.C. (3d) 417. L'appelante a interjeté appel auprès de la Cour du Banc

katchewan. Kyle J. allowed the appeal, set aside Finley Prov. Ct. J.'s judgment and ordered that the matter proceed to trial: (1990), 83 Sask. R. 191, 55 C.C.C. (3d) 548, 50 C.R.R. 381. The respondent appealed to the Court of Appeal for Saskatchewan which allowed the appeal and restored the stay of proceedings: (1991), 91 Sask. R. 228, 64 C.C.C. (3d) 557, 6 C.R. (4th) 157, 6 C.R.R. (2d) 128, [1991] 5 W.W.R. 193.

## II. Relevant Statutory Provisions

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

86. . . .

(2) Every one who, without lawful excuse, uses, carries, handles, ships or stores any firearm or ammunition in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment

(i) in the case of a first offence, for a term not exceeding two years, and

(ii) in the case of a second or subsequent offence, for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Parliament has recently enacted amendments to the above provision. The following provision, which has been assented to, has not yet been proclaimed in force. It is reproduced here because it is referred to in the arguments of the appellant and respondent.

*An Act to amend the Criminal Code and the Customs Tariff in consequence thereof*, S.C. 1991, c. 40

3. Subsection 86(2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

(2) Every person who uses, carries, handles, ships or stores any firearm or ammunition in a manner that shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons

de la Reine de la Saskatchewan. Le juge Kyle a accueilli l'appel, a annulé le jugement du juge Finley et a ordonné la tenue du procès: (1990), 83 Sask. R. 191, 55 C.C.C. (3d) 548, 50 C.R.R. 381. L'intimé a formé un appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui a accueilli l'appel et a rétabli l'arrêt des procédures: (1991), 91 Sask. R. 228, 64 C.C.C. (3d) 557, 6 C.R. (4th) 157, 6 C.R.R. (2d) 128, [1991] 5 W.W.R. 193.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

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

c 86. . . .

(2) Est coupable:

d a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal:

(i) de deux ans, dans le cas d'une première infraction,

e (ii) de cinq ans, dans le cas d'une infraction subséquente;

f b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

quiconque, sans excuse légitime, utilise, porte, manipule, expédie ou entrepose une arme à feu ou des munitions d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de la sécurité d'autrui.

g Le législateur a récemment adopté des modifications à cette disposition. La disposition suivante, qui a été sanctionnée, n'est pas encore entrée en vigueur. Elle est reproduite ici parce que l'appellante et l'intimé s'y reportent dans leurs plaidoies.

*Loi modifiant le Code criminel et le Tarif des douanes en conséquence*, L.C. 1991, ch. 40

i

3. Le paragraphe 86(2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

(2) Est coupable:

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Every person who stores, displays, handles or transports any firearm in a manner contrary to a regulation made under paragraph 116(1)(g)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

### III. Judgments Below

*Provincial Court* (1989), 53 C.C.C. (3d) 417

Finley Prov. Ct. J., following the decision of the Court of Appeal for Saskatchewan in *R. v. Bovill* (1986), 78 Sask. R. 14, stated, at p. 419, that:

It is apparent then that a conviction could occur under the present s. 86(2) despite there being a reasonable doubt as to whether the accused knew or ought to have known or intended that his carelessness might have harmful results.

Finley Prov. Ct. J. examined the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, and *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, and concluded, at p. 422, that s. 86(2) of the *Code* violated s. 7 of the *Charter*:

Parliament has, through the *Criminal Code*, purported to create a criminal offence with penalties that may result in a deprivation of life, liberty or security of the person of the accused. Parliament must respect the principles of fundamental justice as set out in s. 7 of the *Charter*. The creation of a crime not requiring *mens rea* is *prima facie* a violation of s. 7 in that a person may be convicted

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans,

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

a quiconque utilise, porte, manipule, expédie ou entrepose une arme à feu ou des munitions d'une manière qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

b (3) Est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

d quiconque entrepose, met en montre, manipule ou transporte une arme à feu d'une manière contraire au règlement pris en vertu de l'alinéa 116(1)g).

### III. Les juridictions inférieures

e *La Cour provinciale* (1989), 53 C.C.C. (3d) 417

Le juge Finley, en suivant l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *R. c. Bovill* (1986), 78 Sask. R. 14, a déclaré, à la p. 419:

f [TRADUCTION] Il est donc manifeste qu'une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en vertu du par. 86(2) malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé savait ou aurait dû savoir ou prévoir que sa négligence pouvait avoir des conséquences néfastes.

g Il a examiné les arrêts de la Cour suprême du Canada *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, et *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et a conclu, à la p. 422, que le par. 86(2) du *Code* viole l'art. 7 de la *Charte*:

h [TRADUCTION] Le législateur a, au moyen du *Code criminel*, voulu créer une infraction criminelle assortie de peines qui peuvent entraîner une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'accusé. Le législateur doit respecter les principes de justice fondamentale ainsi qu'il est mentionné à l'art. 7 de la *Charte*. La création d'un acte criminel ne requérant pas une *mens rea* constitue à première vue une violation de l'art. 7 en ce sens qu'une personne peut être reconnue coupable

other than in accordance with the principles of fundamental justice.

Finley Prov. Ct. J. found that s. 86(2) of the *Code*, which created an offence allowing for a conviction notwithstanding the existence of reasonable doubt on any essential element, could not be saved by s. 1 of the *Charter* since it would be necessary to convict persons who did not intend or foresee that harm would result from their behaviour or actions. Finley Prov. Ct. J. declared that s. 86(2) of the *Code* was inoperative and unconstitutional pursuant to s. 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Court of Queen's Bench* (1990), 55 C.C.C. (3d) 548

Kyle J. stated that the issue concerned the right of Parliament, in view of s. 7 of the *Charter*, to impose a penalty of imprisonment in respect to behaviour involving a level of negligence described as "careless". Kyle J. noted that some mental element must be present in an offence when an accused faces a risk of imprisonment. However, Kyle J. disagreed with the view that "since carelessness is the antithesis of thoughtful behaviour, no imprisonment can result from it" (p. 550). Kyle J. reached the following conclusion (at p. 550):

Section 86(2) is enacted in response to a perceived need that owners of firearms must be encouraged and motivated to exercise the capacity to foresee hazards and in so doing to think about and control their firearms and to minimize the risks that the ownership involves.

Kyle J. stated that the defence of due diligence was available under s. 86(2) of the *Code*. He concluded that the failure to exercise due diligence would be evidence of the mental element, the failure to exercise control, which was what the statute sought to penalize. Since the defence of due diligence was available, Kyle J. found that s. 7 of the

ble autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Le juge Finley a conclu que le par. 86(2) du *Code*, qui a créé une infraction permettant une déclaration de culpabilité nonobstant l'existence d'un doute raisonnable relativement à tout élément essentiel, ne peut pas être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, car il serait nécessaire de déclarer coupables des personnes qui n'avaient pas l'intention que leur comportement ou leurs actions engendrent un préjudice, ou ne l'avaient pas prévu. Il a déclaré que le par. 86(2) du *Code* est inopérant et inconstitutionnel selon l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*La Cour du Banc de la Reine* (1990), 55 C.C.C. (3d) 548

Le juge Kyle a dit que la question portait sur le droit du législateur, vu l'art. 7 de la *Charte*, de prévoir une peine d'emprisonnement à l'égard d'un comportement impliquant un degré d'insouciance décrit comme étant «négligent». Il a fait remarquer qu'il doit y avoir un certain élément moral dans une infraction quand un accusé risque l'emprisonnement. Toutefois, il n'était pas d'accord pour dire que, [TRADUCTION] «puisque la négligence est l'antithèse du comportement bien réfléchi, il ne peut en résulter aucune peine d'emprisonnement» (p. 550). Il est arrivé à la conclusion suivante (à la p. 550):

[TRADUCTION] Le paragraphe 86(2) a été adopté pour répondre à un besoin senti selon lequel il faut encourager et inciter les propriétaires d'armes à feu à exercer la capacité de prévoir les dangers et, ce faisant, à penser à leurs armes à feu, à en avoir le contrôle et à minimiser les risques qu'entraîne leur possession.

Le juge Kyle a déclaré qu'il était possible d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense en vertu du par. 86(2) du *Code*. Il a conclu que le fait de ne pas exercer une diligence raisonnable serait la preuve de l'existence de l'élément moral, soit le fait de ne pas exercer le contrôle, ce qui représente ce que la loi cherche à punir. Puisqu'il était possible d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense, le juge Kyle a

*Charter* did not affect the validity of s. 86(2) of the *Code*.

*Court of Appeal* (1991), 64 C.C.C. (3d) 557

The court, relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, stated that the distinction between criminal and regulatory statutes should be kept in mind in this case.

The court reviewed the history of s. 86(2) of the *Criminal Code* and found that “[t]he express language of the predecessor section made it clear that fault or culpability rested on a standard higher than mere negligence” (p. 561). The court was referring to s. 86 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which stated that an accused was guilty when, without lawful excuse, he used, carried or possessed a firearm or ammunition in a manner that was “dangerous to the safety of other persons”. The court observed that the section had been amended in 1978 to read “in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons”. The court believed that the expression “careless manner” suggested something of a lower order, that is of mere negligence in the civil sense rather than in the criminal sense.

Relying on its decision in *R. v. Bovill, supra*, the court stated (at p. 564) that:

Under the standard articulated by this court in *Bovill*, conduct exhibiting a want of care, regardless of the state of mind underlying the conduct or its potential consequences constitutes a crime which may result in imprisonment. A person found guilty of an offence under s. 86(2) is liable to the discretionary prohibition order prescribed by s. 100(2) for the possession of firearms, ammunition and explosives. Forfeiture of weapons under s. 491 is also a possible consequence.

considéré que l’art. 7 de la *Charte* n’a pas d’effet sur la validité du par. 86(2) du *Code*.

*La Cour d’appel* (1991), 64 C.C.C. (3d) 557

S’appuyant sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, la cour déclare qu’il ne faut pas oublier en l’espèce la distinction entre les lois en matière criminelle et les lois établissant un régime de réglementation.

Elle étudie l’évolution du par. 86(2) du *Code criminel*, et elle estime que [TRADUCTION] «[I]l libellé même de l’ancien article indiquait clairement que la faute ou la culpabilité reposait sur une norme plus élevée que la simple négligence» (p. 561). La cour se reporte à l’art. 86 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, selon lequel un accusé était coupable lorsque, sans excuse légitime, il utilisait, portait ou possédait une arme à feu ou des munitions de telle façon que cela mettait «en danger la sécurité d’autrui». Elle fait observer que le législateur a modifié l’article en 1978 afin de préciser alors «d’une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l’égard de la sécurité d’autrui». La cour croit que l’expression «manière négligente» laisse supposer quelque chose d’un degré moindre, c’est-à-dire une simple négligence au sens civil plutôt qu’au sens criminel du terme.

S’appuyant sur sa décision *R. v. Bovill*, précitée, la cour a statué (à la p. 564):

[TRADUCTION] En vertu de la norme que notre cour a établie dans l’arrêt *Bovill*, la conduite qui manifeste un manque de soins, indépendamment de l’état d’esprit qui sous-tend cette conduite ou de ses conséquences possibles, constitue un acte criminel qui peut entraîner une peine d’emprisonnement. La personne trouvée coupable d’une infraction en vertu du par. 86(2) est passible d’une ordonnance d’interdiction discrétionnaire prescrite par le par. 100(2) visant la possession d’armes à feu, de munitions et d’explosifs. La confiscation des armes en vertu de l’art. 491 est également une conséquence possible.



The court pointed out, however, that the constitutional validity of s. 86(2) of the *Code* was not before the court in that case.

The court also took note of the fact that when s. 86(2) was enacted in its present form, Parliament was empowered to declare that an act was "criminal" irrespective of intent, knowledge or degree of fault, provided the prohibition served a public purpose in relation to criminal law. Furthermore, no constitutional limits existed on Parliament's power to define the elements of a "crime," although, as the court emphasized, "the notion that conduct should pass a certain threshold before it is branded as crime finds support in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299" (pp. 564-65).

The court referred to the decisions of the Supreme Court of Canada in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, *supra*, and stated that with the advent of the *Charter*, it was "obliged to consider the constitutional requirement of fault when passing upon the validity of a "criminal" offence (pp. 565-66).

The court proceeded to affirm that the fault element in a "crime" had to be appropriate to the stigma which was attached to it. According to the court, although the stigma attached to s. 86(2) of the *Code* was "at the lower end of the scale" (p. 568), the stigma of any criminal conviction was significant. The court also noted that it was generally assumed that a person convicted of a criminal offence "has been so convicted because he possessed a degree of fault greater than mere negligence" (p. 568), this because society had long recognized a fundamental distinction between a civil tort and a "crime". The court held that "mere negligence" did not meet the constitutional fault requirement found in s. 7 of the *Charter*. Therefore, considering the consequences of a conviction and the possible punishment under s. 86(2) of the

La cour signale toutefois que, dans cette affaire, elle n'a pas été saisie de la question de la constitutionnalité du par. 86(2) du *Code*.

La cour a également pris note du fait que, lors de l'adoption du par. 86(2) sous sa forme actuelle, le législateur avait pleins pouvoirs pour déclarer qu'un acte était «criminel» sans tenir compte de l'intention, de la connaissance ou du degré de faute, pourvu que l'interdiction servît une fin publique en rapport avec le droit criminel. En outre, aucune limite constitutionnelle ne venait influencer sur le pouvoir du législateur de définir les éléments d'un «acte criminel», bien que, comme le souligne la cour, [TRADUCTION] «l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, appuie la notion selon laquelle la conduite devrait franchir un certain seuil avant d'être qualifiée d'acte criminel» (pp. 564 et 565).

La cour se reporte aux arrêts de la Cour suprême du Canada *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, précité, et déclare que, depuis l'adoption de la *Charte*, elle est [TRADUCTION] «obligée de tenir compte de l'exigence constitutionnelle en matière de faute lorsqu'elle se prononce sur la validité d'une infraction «criminelle»» (aux pp. 565 et 566).

La cour affirme ensuite que l'élément de faute dans un «acte criminel» doit être approprié aux stigmates qui s'y rattachent. D'après la cour, bien que les stigmates rattachés au par. 86(2) du *Code* soient [TRADUCTION] «au bas de l'échelle» (p. 568), les stigmates de toute déclaration de culpabilité en matière criminelle sont importants. La cour fait également remarquer qu'en général on suppose qu'une personne reconnue coupable d'une infraction criminelle [TRADUCTION] «avait ainsi été reconnue coupable parce qu'elle avait un degré de faute plus élevé que la simple négligence» (p. 568), et ce parce que la société a reconnu depuis longtemps l'existence d'une distinction fondamentale entre un délit en matière civile et un «acte criminel». La cour statue qu'une «simple négligence» ne satisfait pas à l'exigence constitutionnelle en matière de faute que prévoit l'art. 7 de la *Charte*. En tenant compte des conséquences d'une déclaration de culpabilité et de la peine pos-

*Code*, the court concluded that the section was inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

The court then found that s. 86(2) of the *Code* <sup>a</sup> was not saved by s. 1 of the *Charter*. The court summarized its finding in the following passage, at p. 572:

Is it necessary to aim the full force of the criminal law at <sup>b</sup> the minimum degree of fault—civil negligence—enshrined in s. 86(2). We conclude that the means employed and their effects are disproportionate to the objective sought to be achieved.

#### IV. Issues

I stated the following constitutional questions by an order dated January 17, 1992:

1. Does s. 86(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe or deny the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived of that right, except in accordance with the principles of fundamental justice, as guaranteed by s. <sup>e</sup> 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement of s. 7 a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*? <sup>f</sup>

#### V. Analysis

##### A. *Is the Issue Moot?*

Since the legislation under appeal will shortly be repealed, there is some question as to whether this case may be moot. As the word “careless” will appear nowhere in the *Code* after the repeal of this <sup>h</sup> section, the respondent suggests that consideration of a standard of carelessness is purely academic. This approach, however, overlooks the fact that the respondent remains in jeopardy; allowing the appeal may result in his conviction and possible incarceration. Therefore, the “concrete dispute” <sup>i</sup> has not disappeared and an adversarial element remains alive. In my view, this appeal meets the threshold established in *Borowski v. Canada* <sup>j</sup> (*Attorney General*), [1989] 1 S.C.R. 342.

sible d'emprisonnement en vertu du par. 86(2) du *Code*, la cour conclut donc que l'article n'est pas compatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

La cour juge alors que le par. 86(2) du *Code* n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Elle résume sa conclusion dans le passage suivant, à la p. 572:

[TRADUCTION] Est-il nécessaire de viser la pleine application du droit criminel au degré minimal de faute—la négligence en matière civile—consacré par le par. 86(2)? Nous concluons que les moyens utilisés ainsi que leurs effets sont disproportionnés avec le but recherché.

#### <sup>c</sup> IV. Les questions en litige

J'ai formulé les questions constitutionnelles suivantes dans une ordonnance en date du 17 janvier 1992:

1. Le paragraphe 86(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à celui de ne se voir porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, que <sup>e</sup> garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'atteinte à l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*? <sup>f</sup>

#### V. L'analyse

##### <sup>g</sup> A. *La question est-elle devenue théorique?*

Vu que la loi faisant l'objet du pourvoi sera bientôt abrogée, on peut se demander si la présente affaire n'est pas devenue théorique. Comme l'expression «d'une manière négligente» ne figurera plus dans le *Code* après l'abrogation de cet article, l'intimé laisse entendre que l'examen d'une norme de négligence est purement théorique. Cette façon de voir oublie toutefois que l'intimé continue <sup>i</sup> d'être en danger; si le pourvoi est accueilli, il peut être reconnu coupable et incarcéré. Le «litige concret» n'a donc pas disparu, et il existe toujours un élément de débat contradictoire. À mon avis, le présent pourvoi satisfait au seuil établi dans l'arrêt *Borowski c. Canada* (*Procureur général*), [1989] 1 R.C.S. 342.

B. *Is s. 86 Contrary to s. 7 of the Charter?*

Section 7 of the *Charter* mandates courts to conduct a substantive review of criminal legislation. Courts are not entitled, however, to strike down legislation merely because they disagree with the criminal law policy contained therein. The limits of constitutional scrutiny have been developed by this Court as follows:

1. The courts must ensure that an element of fault allowing at least for a defence of due diligence is contained in all offences for which an accused is liable to imprisonment.
2. Where the offence is one which carries sufficient social stigma coupled with potentially severe penal sanctions, the principles of fundamental justice may require a higher level of *mens rea*. The "very few" offences which merit this analysis have thus far included murder, attempted murder and theft.

I shall now consider whether s. 86(2) of the *Code* satisfies these requirements.

## (1) Minimum Fault Requirement

The present state of the law with respect to the minimum fault requirement contained in s. 7 has been recently summarized by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 659:

From the reasons of this Court in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, it can be seen that a minimum fault requirement with respect to every criminal or regulatory offence satisfies the requirements of s. 7. That same case indicates, at p. 238:

That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence.

... *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence,

B. *L'article 86 contrevient-il à l'art. 7 de la Charte?*

L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux de faire un examen quant au fond des lois en matière criminelle. Les tribunaux n'ont pas le pouvoir cependant d'abolir une loi pour la seule raison qu'ils ne sont pas d'accord avec le principe de droit criminel qu'elle contient. Notre Cour a établi les limites suivantes à l'examen constitutionnel:

1. Les tribunaux doivent s'assurer que toutes les infractions pour lesquelles un accusé est passible d'une peine d'emprisonnement comprennent un élément de faute qui permette au moins le recours à la diligence raisonnable comme moyen de défense.
2. Lorsqu'il s'agit d'une infraction qui comporte suffisamment de stigmates sociaux associés à des sanctions pénales qui peuvent être sévères, les principes de justice fondamentale peuvent exiger un degré plus élevé de *mens rea*. Les «très rares» infractions qui méritent cette analyse englobaient jusqu'ici le meurtre, la tentative de meurtre et le vol.

Je dois maintenant examiner si le par. 86(2) du *Code* satisfait à ces exigences.

## (1) L'exigence minimale en matière de faute

L'état actuel du droit en ce qui concerne l'exigence minimale en matière de faute prévue à l'art. 7 a été résumé récemment par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 659:

Il ressort des motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, qu'une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Il est précisé, à la p. 238 de cet arrêt:

Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction.

... La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par

on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, I emphasized the following concerns with respect to the difference between an appropriate minimum standard of fault and a constitutionally sufficient minimum standard of fault in the context of offences where convictions may result in imprisonment (at pp. 186-87):

While an aware state of mind may well be the most appropriate minimum standard of fault for imprisonment or for any offence included in the *Criminal Code*, a matter upon which I refrain from expressing any view, it does not follow that this standard of fault is entrenched in the *Charter*. As I stated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, "the Constitution does not always guarantee the "ideal"". As this Court stated in *Vaillancourt*, *supra*, the principles of fundamental justice dictate that negligence is the minimum fault requirement where an accused faces possible imprisonment upon conviction except for certain offences such as murder.... Whether a fault requirement higher than this constitutional minimum ought to be adopted where an accused faces possible imprisonment or conviction of any offence under the *Criminal Code* is a question of public policy which must be determined by Parliament, and for the courts to pronounce upon this would be contrary to what this Court has said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 498-99: that we refrain from "adjudicating upon the merits or wisdom of enactments". It is not the role of this Court to "second guess" the policy decisions made by elected officials.

The central issue before this Court is whether it is a basic tenet of the Canadian legal system that carelessness can never form the fault requirement for a criminal offence. Section 86(2) of the *Code* requires the Crown to establish that an accused used, carried, handled, shipped or stored a firearm, but did so "in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons". The fault requirement of this provision is, therefore, to be assessed objectively, which, following

contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, j'ai souligné les préoccupations suivantes en ce qui concerne la différence entre une norme minimale de faute appropriée et une norme minimale de faute suffisante sur le plan constitutionnel dans le contexte des infractions où les déclarations de culpabilité peuvent entraîner une peine d'emprisonnement (aux pp. 186 et 187):

La conscience peut bien représenter la norme minimale de faute dans les cas d'emprisonnement ou pour toute infraction prévue au *Code criminel*—question sur laquelle je m'abstiens de me prononcer—, mais il ne s'ensuit pas que cette norme de faute soit consacrée par la *Charte*. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, les principes de justice fondamentale commandent que la négligence soit le degré de faute minimal quand l'accusé risque d'être condamné à l'emprisonnement, sauf quant à certaines infractions, comme le meurtre. [ . . . ] La question de savoir si une norme de faute plus sévère que ce minimum requis par la Constitution devrait être retenue dans les cas où l'accusé risque l'emprisonnement ou une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction prévue au *Code criminel* est une question d'ordre public qu'il appartient au Parlement de trancher et, en se prononçant sur cette question, les tribunaux dérogeraient au principe énoncé par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 498 et 499, c'est-à-dire que nous devons éviter de nous «prononcer sur le bien-fondé ou la sagesse des lois». Il n'appartient pas à notre Cour de «conjecturer rétrospectivement» sur les décisions de principe prises par les représentants élus du peuple.

La question principale dont est saisie notre Cour est de savoir si c'est un précepte fondamental du système juridique canadien que la négligence ne puisse jamais former l'exigence en matière de faute dans le cas d'une infraction criminelle. Le paragraphe 86(2) du *Code* exige que le ministère public prouve qu'un accusé a utilisé, porté, manipulé, expédié ou entreposé une arme à feu, mais qu'il l'a fait «d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l'égard de

this Court's holding in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 883, consists of conduct that is a marked departure from the standard of care of a reasonable person in the circumstances. Appellate courts have divided on the constitutional validity of the fault requirement contained in s. 86(2) of the *Code* (see most recently *R. v. Durham* (1992), 10 O.R. (3d) 596 (C.A.) (holding that s. 86(2) does not violate s. 7); and the Saskatchewan Court of Appeal's decision giving rise to this appeal (holding that s. 86(2) does violate the *Charter*)).

By enacting s. 86(2), Parliament has seen fit to impose on all people owning or using firearms a specific and rigorous duty of care. It is a basic tenet of the principles of fundamental justice that the state not be permitted to punish and deprive of liberty the morally innocent. Those who have the capacity to live up to a standard of care and fail to do so, in circumstances involving inherently dangerous activities, however, cannot be said to have done nothing wrong. The Law Reform Commission of Canada emphasized this point in the following passage from *Workplace Pollution*, Working Paper 53 (1986), at pp. 72-73:

Certain kinds of activities involve the control of technology (cars, explosives, firearms) with the inherent potential to do such serious damage to life and limb that the law is justified in paying special attention to the individuals in control. Failing to act in a way which indicates respect for the inherent potential for harm of those technologies, after having voluntarily assumed control of them (no one *has* to drive, use explosives, or keep guns) is legitimately regarded as criminal. [Emphasis in original.]

This Court has, in the past, acknowledged Parliament's rationale in enacting gun control offences. Writing for the majority in *R. v.*

la sécurité d'autrui». Il faut donc évaluer objectivement l'exigence en matière de faute de cette disposition, laquelle exigence, d'après la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 883, consiste en une conduite qui est un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances. Les tribunaux d'appels sont partagés sur la question de la constitutionnalité de l'exigence en matière de faute prévue au par. 86(2) du *Code* (voir les arrêts très récents *R. c. Durham* (1992), 10 O.R. (3d) 596 (C.A.) (statuant que le par. 86(2) ne contrevient pas à l'art. 7), et l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan ayant donné naissance au présent pourvoi (statuant que le par. 86(2) viole effectivement la *Charte*)).

En adoptant le par. 86(2), le législateur a jugé bon d'imposer à toutes les personnes qui possèdent ou utilisent des armes à feu une obligation de diligence précise et stricte. C'est un des préceptes de base de la justice fondamentale que l'État ne puisse pas punir les personnes moralement innocentes ni porter atteinte à leur liberté. Ceux qui ont la capacité de respecter une norme de diligence et qui ne le font pas, dans des circonstances qui mettent en jeu des activités dangereuses en soi, ne peuvent cependant pas être considérés comme n'ayant rien fait de mal. La Commission de réforme du droit du Canada a souligné ce point dans le passage suivant tiré de son document de travail 53, *La pollution en milieu de travail*, 1986, à la p. 83:

Certains genres d'activités supposent le contrôle d'un objet conçu par des moyens technologiques (automobiles, explosifs, armes à feu) qui peut causer, en raison de son caractère propre, une atteinte grave à l'intégrité physique. À juste titre, des dispositions spéciales visent les particuliers qui exercent leur maîtrise sur ce type d'objet. Le fait d'agir en ne se souciant pas des dangers potentiels inhérents que représentent ces objets, après s'en être assuré le contrôle (personne n'est *obligé* de conduire, d'utiliser des explosifs ni de conserver un fusil) est, à bon droit, considéré criminel. [Italiques dans l'original.]

Notre Cour a, dans le passé, reconnu le raisonnement suivi par le législateur pour prévoir des infractions relativement au contrôle des armes à

*Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 483, McIntyre J. stated the following:

The *Code* has included provisions for the control, use and possession of firearms since the enactment of the 1892 *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, s. 105. That section prohibited the possession of pistols and air guns at other than specific places and, as well, provided for exemptions from the operation of the section. Since that time, there have been successive amendments which without exception have strengthened the controls upon possession and use of firearms.

It is evident that the strict control of handguns has been and remains an essential feature of the Canadian gun control laws.

It is clear that the overall intent of Parliament in enacting Part II.1 of the *Criminal Code* was to prohibit the acquisition and use of weapons save in accordance with the strict controls it prescribed.

In s. 86(2), Parliament has addressed the threat posed by the use and storage of firearms by rendering those whose conduct shows a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person subject to criminal liability and possible imprisonment. The nature of the objective standard for the determination of fault was concisely stated by McLachlin J. in the case of *R. v. Hundal*, *supra*, in which she stated the following (at p. 872):

... the question is not what was in the accused's mind but the absence of the mental state of care. This want of due care is inferred from conduct of the accused. If that conduct evinces a want of care judged by the standard of a reasonable person in similar circumstances, the necessary fault is established. The relevant circumstances may include circumstances personal to the accused, relating to whether the accused lacked the capacities or powers necessary to attain the mental state of care required in the circumstances.

In *Hundal*, this Court was unanimously of the view that, in the appropriate context, negligence can be

feu. S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, le juge McIntyre a dit, à la p. 483:

Depuis l'adoption du *Code criminel* de 1892, S.C. 1892, chap. 29, art. 105, le *Code* contient des dispositions portant sur le contrôle, l'usage et la possession d'armes à feu. L'article 105 interdisait le port de pistolets et de fusils à vent dans des lieux autres que ceux spécifiés et il prévoyait aussi des exemptions de son application. Il y a eu depuis des modifications successives qui, sans exception, ont rendu plus sévères les restrictions relatives à la possession et à l'usage d'armes à feu.

Il est évident qu'un contrôle strict des armes de poing a été et demeure une caractéristique essentielle des lois canadiennes en matière de contrôle des armes à feu.

Il est clair que le législateur a adopté la partie II.1 du *Code criminel* avec l'intention générale d'interdire toute acquisition et tout usage d'armes à feu qui n'étaient pas conformes aux contrôles stricts y prescrits.

Au paragraphe 86(2), le législateur a traité de la menace que posent l'utilisation et l'entreposage des armes à feu en rendant passibles de responsabilité criminelle et d'une peine d'emprisonnement ceux dont la conduite montre un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente. La nature de la norme objective servant à déterminer la faute a été exposée succinctement par le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité, dans lequel elle a déclaré (à la p. 872):

... la question ne porte pas sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé mais sur l'absence d'un état mental de diligence. Ce manque de diligence raisonnable se déduit de la conduite de l'accusé. Si cette conduite manifeste un manque de diligence jugé selon la norme d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues, on a prouvé l'existence de la faute nécessaire. Les circonstances pertinentes peuvent comprendre des circonstances qui sont personnelles à l'accusé, à savoir s'il avait ou non les aptitudes ou les pouvoirs nécessaires pour atteindre l'état mental de diligence requis.

Dans l'arrêt *Hundal*, notre Cour était unanimement d'avis que, dans le contexte approprié, la négli-

an acceptable basis of liability which meets the fault requirement of s. 7 of the *Charter*.

The objective test for negligence is discussed in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released this same day. In *Gosset*, I found that the proper interpretation of the fault element under s. 86(2) is conduct that constitutes a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person. If a reasonable doubt exists either that the conduct in question did not constitute a marked departure from that standard of care, or that reasonable precautions were taken to discharge the duty of care in the circumstances, a verdict of acquittal must follow. In *Gosset*, I found that the objective assessment of fault also had to consider the capacity of an accused to meet the standard of care required in the circumstances, and the accused's ability to control or compensate for his or her incapacities. There is, however, no "reverse onus" on an accused to establish on the balance of probabilities that he or she exercised due diligence in order to negate a finding of fault under s. 86(2).

As I indicate in *Gosset*, civil negligence and "penal" negligence must be distinguished from one another. In the context of penal negligence, where a finding of carelessness may result in imprisonment, the assessment of liability is no longer directed, as it is in the civil context, to the apportionment of loss; rather, that assessment has become linked to the punishment of morally blameworthy conduct, in order to avoid punishing those who could not have acted other than they did.

In order to conform with the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty, the objective assessment of fault under s. 86(2) must allow for the existence of a reasonable doubt as to either the sufficiency of the precautions taken by the accused to avoid the creation of risk, or the capacity of the accused to meet the standard of care of a reasonably prudent

gence peut constituer un fondement acceptable de responsabilité qui satisfait à l'exigence en matière de faute que prévoit l'art. 7 de la *Charte*.

Le critère objectif de la négligence est étudié dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, rendu simultanément. Dans cet arrêt, j'ai conclu que l'interprétation adéquate de l'élément de faute en vertu du par. 86(2) est la conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente. S'il existe un doute raisonnable soit que la conduite en question ne constituait pas un écart marqué par rapport à la norme de diligence, soit que les précautions raisonnables ont été prises pour s'acquitter de l'obligation de diligence dans les circonstances, il faut prononcer un verdict d'acquittement. Dans *Gosset*, j'ai conclu que l'évaluation objective de la faute devait également prendre en considération la capacité d'un accusé de satisfaire à la norme de diligence requise dans les circonstances et sa possibilité de contrôler ou de compenser ses lacunes. Il n'y a toutefois pas d'«inversion de la charge de la preuve» qui imposerait à un accusé d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'il a exercé une diligence raisonnable permettant d'écarter une imputation de faute en vertu du par. 86(2).

Comme je l'indique dans l'arrêt *Gosset*, il faut faire une distinction entre la négligence civile et la négligence «pénale». Dans le contexte de la négligence pénale, où une conclusion d'insouciance peut entraîner une peine d'emprisonnement, l'évaluation de la responsabilité ne va plus, comme c'est le cas en matière civile, dans le sens de la répartition de la perte; cette évaluation se rattache plutôt à la sanction de la conduite moralement blâmable, afin d'éviter de punir les personnes qui n'auraient pu agir autrement.

Pour être conforme au principe de justice fondamentale voulant que la personne moralement innocente ne soit pas privée de sa liberté, l'évaluation objective de la faute en vertu du par. 86(2) doit permettre que l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a pris suffisamment de précautions pour éviter de créer des risques ou s'il avait la capacité de satisfaire à la norme de dili-

person in the circumstances to result in an acquittal. Based on the interpretation of this section in *R. v. Gosset* set out above, I find s. 86(2) satisfies the minimum fault requirement under s. 7.

## (2) Stigma Analysis

The only remaining question, therefore, is to determine whether the social stigma which attaches to a conviction under this provision is sufficiently grave to warrant imposing a subjective fault requirement for s. 86(2) of the *Code*. This analysis must consider both the gravity of the offence and the moral blameworthiness of a person who engages in such conduct. As a supplemental factor, the penalties to which the offence gives rise should also be considered.

Section 86(2) renders a person convicted liable to imprisonment for up to two years for a first offence, and up to five years for a second offence. In *Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*, where the Court was considering a statute which also provided for up to five years' imprisonment, I concluded the following (at p. 185):

A conviction for false/misleading advertising will rest on a variety of facts, many of which will not reveal any dishonesty but, rather, carelessness and the conviction of same does not brand the accused as being dishonest. [Emphasis added.]

In my view, applying this same reasoning to s. 86(2) of the *Code*, given the nature of the offence, the absence of any proof of advertence in the imposition of a conviction, and the range of punishment upon conviction, there is not sufficient stigma arising from a conviction under s. 86(2) to require a subjective *mens rea*.

The stigma attaching to a conviction under s. 86(2) has been recently examined by Arbour J.A.

gence qu'observerait une personne raisonnablement prudente dans les circonstances donne lieu à un acquittement. En me fondant sur l'interprétation que j'en ai donnée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, je conclus que le par. 86(2) satisfait à l'exigence minimale en matière de faute que prévoit l'art. 7.

## (2) L'analyse relative aux stigmates

Il ne reste donc qu'à déterminer si les stigmates sociaux qui se rattachent à une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de cette disposition sont suffisamment graves pour justifier l'imposition d'une exigence subjective en matière de faute dans le cas du par. 86(2) du *Code*. Cette analyse doit prendre en considération à la fois la gravité de l'infraction et le caractère moralement blâmable qui se rattache à une personne qui a adopté une telle conduite. À titre de facteur supplémentaire, il faudrait également tenir compte des peines auxquelles l'infraction peut donner lieu.

Le paragraphe 86(2) rend la personne reconnue coupable passible d'un emprisonnement maximal de deux ans dans le cas d'une première infraction et de cinq ans dans le cas d'une deuxième infraction. Dans l'arrêt *Wholesale Travel Group Inc.*, précité, où la Cour examinait une loi qui prévoyait également un emprisonnement maximal de cinq ans, j'ai conclu (à la p. 185):

Dans le cas de la publicité fausse ou trompeuse, la déclaration de culpabilité repose sur divers faits, dont un bon nombre ne participent pas de la malhonnêteté, mais plutôt de l'insouciance, et la déclaration de culpabilité à cet égard ne donne pas à l'accusé l'étiquette de la malhonnêteté. [Je souligne.]

À mon avis, si l'on applique le même raisonnement au par. 86(2) du *Code*, étant donné la nature de l'infraction, l'absence de toute preuve que l'accusé a agi consciemment lorsqu'une déclaration de culpabilité est prononcée et l'étendue de la peine en cas de déclaration de culpabilité, il n'y a pas suffisamment de stigmates qui découleraient d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de ce paragraphe pour exiger une *mens rea* subjective.

Les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité prononcée en vertu du par. 86(2) ont



in *R. v. Durham, supra*, at pp. 611-12. Arbour J.A. offered the following observations regarding the importance of the standard of fault in the analysis of social stigma, at p. 612:

A conviction for careless storage of a firearm, known to comport no subjective awareness of the risk created by the conduct, and otherwise not associated with any other form of social deviance, would not carry the same stigma as a conviction for careless use of a firearm by a person shown to have deliberately created or undertaken a substantial and unjustifiable risk, with full awareness of the danger created. Aside from the basic assertion that every criminal conviction generates a significant social stigma, which is true as far as it goes, the more precise appreciation of what distinguishes the stigma attached to a conviction for fraud, from the stigma of a conviction for sexual assault, possession of counterfeit money or careless storage of a firearm, depends on a multitude of factors, including not only the social repugnance of the conduct, but the degree of fault with which it is committed.

After taking into account these factors, Arbour J.A. concluded that s. 86(2) of the *Code* does not give rise to sufficient social stigma to require a subjective *mens rea* under s. 7 of the *Charter*. I agree with this conclusion.

## VI. Disposition

Based on the above analysis, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 86(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe or deny the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived of that right, except in accordance with the principles of fundamental justice, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

été examinés récemment par le juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Durham*, précité, aux pp. 611 et 612. Celle-ci a fait les remarques suivantes en ce qui concerne l'importance de la norme de faute dans l'analyse des stigmates sociaux, à la p. 612:

[TRADUCTION] Une déclaration de culpabilité pour entreposage d'une arme à feu d'une manière négligente, qui est reconnue comme ne comportant pas une conscience subjective des risques que cette conduite entraînait et qui n'est par ailleurs associée à aucune autre forme de déviation sociale, n'engendrerait pas les mêmes stigmates qu'une déclaration de culpabilité pour utilisation d'une arme à feu d'une manière négligente par une personne dont il serait prouvé qu'elle a délibérément créé ou pris un risque grave et injustifiable, tout en étant tout à fait consciente du danger créé. À part l'affirmation de base selon laquelle toute déclaration de culpabilité en matière criminelle engendre des stigmates sociaux importants, ce qui est vrai en soi, l'évaluation plus précise de ce qui distingue les stigmates qui se rattachent à la déclaration de culpabilité pour fraude de la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, possession de monnaie contrefaite ou entreposage d'une arme à feu d'une manière négligente, dépend d'une multitude de facteurs, y compris non seulement la répugnance de la société pour la conduite en question, mais le degré de faute avec lequel celle-ci est adoptée.

Après avoir pris ces facteurs en considération, le juge Arbour a conclu que le par. 86(2) du *Code* n'entraîne pas suffisamment de stigmates sociaux pour exiger une *mens rea* subjective en conformité avec l'art. 7 de la *Charte*. Je souscris à cette conclusion.

## VI. Dispositif

Compte tenu de l'analyse ci-dessus, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 86(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à celui de ne se voir porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

It is, therefore, unnecessary to proceed to the second constitutional question concerning s. 1.

The appeal is allowed, the stay is lifted, and the matter should proceed to trial. <sup>a</sup>

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by <sup>b</sup>

MCLACHLIN J.—This appeal considers a pre-trial motion challenging the constitutional status of s. 86(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Mr. Finlay was charged with storing firearms and ammunition in a careless manner, contrary to s. 86(2). The facts and judgments below are set out by Chief Justice Lamer. <sup>c</sup>

I agree with the reasons of the Chief Justice, save for his adoption of his reasons for the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released concurrently. I refer to my reasons in *R. v. Gosset* in this regard, and would adopt those reasons in this appeal. I would answer the constitutional questions as does the Chief Justice. The appeal is allowed, the stay is lifted, and the matter should proceed to trial. <sup>d</sup>

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Darryl Bogdasavich, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Brayford-Shapiro, Saskatoon.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Ian R. Smith, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: René de la Sablonnière, Québec.* <sup>e</sup>

Il n'est donc pas nécessaire de donner suite à la seconde question constitutionnelle concernant l'article premier.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt des procédures est levé, et le procès devra avoir lieu.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par <sup>b</sup>

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi concerne une requête préliminaire contestant la constitutionnalité du par. 86(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Monsieur Finlay a été accusé d'avoir entreposé des armes à feu et des munitions d'une manière négligente, en contravention du par. 86(2). Les faits et les jugements des juridictions inférieures sont exposés par le juge en chef Lamer. <sup>c</sup>

Je souscris aux motifs du Juge en chef, sauf pour ce qui est de l'adoption qu'il fait des motifs relatifs au critère objectif pour la négligence pénale qu'il a analysé dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76 rendu en même temps que le présent arrêt. Je me reporte à mes motifs dans *R. c. Gosset* à cet égard, lesquels j'adopte dans le présent pourvoi. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles comme l'a fait le Juge en chef. Le pourvoi est accueilli, l'arrêt des procédures est levé et le procès devra avoir lieu. <sup>d</sup>

*Pourvoi accueilli.* <sup>e</sup>

*Procureur de l'appelante: Darryl Bogdasavich, Regina.*

*Procureurs de l'intimé: Brayford-Shapiro, Saskatoon.* <sup>f</sup>

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.* <sup>g</sup>

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Ian R. Smith, Toronto.* <sup>h</sup>

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: René de la Sablonnière, Québec.* <sup>i</sup>

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
of Manitoba: Brian G. Wilford, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
du Manitoba: Brian G. Wilford, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
of British Columbia: George H. Copley, Victoria. <sup>a</sup>*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de la Colombie-Britannique: George H. Copley,  
Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
for Alberta: The Department of the Attorney  
General, Edmonton. <sup>b</sup>*

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

**Christine Naglik** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Christine Naglik** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec and the  
Attorney General for Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. NAGLIK

File Nos.: 22490, 22636.

1993: April 5; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Mens rea — Failure to provide neces-  
saries — Accused convicted of failing to provide neces-  
saries of life to infant son — Whether objective  
standard of conduct applicable — Whether objective  
standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and  
Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s.  
215.*

*Criminal law — Failure to provide necessities —  
Mens rea — Accused convicted of failing to provide  
necessaries of life to infant son — Whether objective  
standard of conduct applicable — Whether objective  
standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and  
Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s.  
215.*

**Christine Naglik** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

<sup>b</sup> **Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>c</sup> **Christine Naglik** *Intimée*

et

<sup>d</sup> **Le procureur général du Canada, le  
procureur général du Québec et le  
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. NAGLIK

<sup>e</sup> Nos du greffe: 22490, 22636.

1993: 5 avril; 1993: 9 septembre.

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

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

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Mens rea — Manquement à l'obliga-  
tion de fournir les choses nécessaires à l'existence —  
Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à  
son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence  
— Convient-il d'appliquer une norme objective de con-  
duite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la  
Charte canadienne des droits et libertés? — Code crimi-  
nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.*

<sup>h</sup> *Droit criminel — Manquement à l'obligation de four-  
nir les choses nécessaires à l'existence — Mens rea —  
Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à  
son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence  
— Convient-il d'appliquer une norme objective de con-  
duite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la  
Charte canadienne des droits et libertés? — Code crimi-  
nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.*

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Jury asking whether they had “to agree on guilty or not guilty” — Trial judge answering that they had to be “unanimous one way or the other” — Whether charge in error.*

The appellant and her common law husband were charged with aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son. The infant, then aged 11 weeks, had been brought to hospital, where he was found to have sustained a number of serious injuries which had caused permanent damage. The injuries had been sustained over a period of time, estimated by physicians to be four weeks. The appellant gave exculpatory statements concerning her child's condition to police and other authorities which were inconsistent with the medical evidence at trial. She did not testify at trial. Her common law husband did testify, denying any involvement in causing the injuries to the child, and claiming that the appellant was the child's primary caregiver. His counsel obtained permission to comment on the appellant's failure to testify. In his charge to the jury, the trial judge remarked that the appropriate test to be applied to the charge of failure to provide necessities was an objective one, and that the jury should convict if they were of the view that the parent “knew, or ought to have known, the seriousness of the child's condition and that it required medical attention”. After the jury had retired, they returned to ask “Do we have to agree on guilty or not guilty?” The trial judge answered that they had to be “unanimous one way or the other”. The jury returned verdicts of guilty on both counts for both accused. The Court of Appeal allowed the appellant's appeal from her conviction on the count of failure to provide necessities and ordered a new trial on that count, on the basis that lack of subjective knowledge or honest belief (whether reasonable or not) were sufficient to negate the *mens rea* for the offence. The court also found that the comment by counsel for the co-accused on the appellant's failure to testify was not prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, by the common law or by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the majority of the court found there was no error in the charge to the jury. The appellant appealed the ruling with respect to comment by counsel for a co-accused and with respect to the charge to the jury. The Crown cross-appealed the Court of Appeal's

*Droit criminel — Procès — Directives au jury — Le jury a demandé s'il devait s'entendre «sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité» — Le juge du procès a répondu que les jurés devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre» — Cette directive était-elle erronée?*

L'appelante et son conjoint de fait ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé et accusés également d'avoir manqué à l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Le bébé, alors âgé de 11 semaines, avait été amené à l'hôpital où l'on a constaté plusieurs lésions graves lui ayant causé un préjudice permanent. Ces lésions avaient été subies au cours d'une période que les médecins ont estimée à quatre semaines. L'appelante a fait à la police et à d'autres autorités concernant l'état de son enfant des déclarations disculpatoires qui contredisaient la preuve médicale produite au procès. L'appelante n'a pas témoigné au procès. Son conjoint de fait, de son côté, a donné un témoignage dans lequel il disait n'avoir été pour rien dans les lésions causées à l'enfant et affirmait que c'était surtout l'appelante qui en prenait soin. L'avocat du conjoint de fait a obtenu l'autorisation de commenter le défaut de l'appelante de témoigner. Dans ses directives au jury, le juge du procès a indiqué que c'est un critère objectif qu'il convenait d'appliquer à l'accusation d'avoir manqué à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence, et que le jury devait conclure à la culpabilité s'il estimait que le parent «savait, ou aurait dû savoir, que l'état de l'enfant était grave et que des soins médicaux s'imposaient». Après s'être retiré, le jury est revenu demander: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès a répondu qu'ils devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre». Le jury a rendu à l'égard des deux accusés un verdict de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'appelante contre le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement à l'accusation d'avoir omis de fournir les choses nécessaires à l'existence et a ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef, et ce, au motif que l'absence de connaissance subjective ou la croyance sincère (qu'elle soit raisonnable ou non) suffisait pour écarter la *mens rea* requise pour l'infraction. La cour a conclu en outre que les commentaires faits par l'avocat du coaccusé de l'appelante sur le fait que celle-ci n'a pas témoigné n'étaient interdits ni par le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, ni par la common law, ni par l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, les juges majoritaires ont décidé que les directives au jury n'étaient entachées d'aucune

ruling with respect to the *mens rea* for failure to provide necessities.

*Held* (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be allowed. The appellant's convictions on both counts should be set aside and a new trial ordered on each count.

(1) *Mens Rea for Failure to Provide Necessaries*

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Lamer C.J.'s reasons were agreed with respecting the *mens rea* for s. 215, except his adoption of the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*. For the reasons given in *R. v. Creighton*, in determining what the accused "ought to have known", the trier of fact must determine the conduct of the reasonable person when engaging in the particular activity of the accused in the specific circumstances that prevailed. These circumstances do not include the personal characteristics of the accused, short of characteristics which deprived her of the capacity to appreciate the risk. Youth, inexperience, and lack of education were not suggested on the evidence to deprive the accused of the capacity to appreciate the risk associated with neglecting her child. Therefore, she must be held to the standard of the reasonably prudent person.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: While there is no language in s. 215 such as "ought to have known" indicating that Parliament intended an objective standard of fault, the reference to the failure to perform a "duty" suggests that the accused's conduct in a particular circumstance is to be determined on an objective, or community, standard. The concept of a duty indicates a societal minimum which has been established for conduct: as in the law of civil negligence, a duty would be meaningless if every individual defined its content for him or herself according to his or her subjective beliefs and priorities. The policy goals of the provision support this interpretation. Section 215 is aimed at establishing a uniform minimum level of care to be provided for those to whom it applies, and this can

erreur. L'appelante s'est pourvu contre l'arrêt relativement aux commentaires de l'avocat de son coaccusé et aux directives au jury. Le ministère public a formé un pourvoi incident attaquant la conclusion de la Cour d'appel touchant la *mens rea* que requiert l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie): Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis. Les verdicts de culpabilité rendus contre l'appelante relativement aux deux chefs d'accusation sont annulés et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée relativement à chacun de ces chefs.

(1) *La mens rea dans le cas de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'opinion du juge en chef Lamer relativement à la *mens rea* requise par l'art. 215 est acceptée, sauf en ce qui concerne son adoption du critère objectif en matière de négligence pénale, dont il est question dans l'arrêt *R. c. Gosset*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Creighton*, le juge des faits, lorsqu'il détermine ce qu'«aurait dû savoir» l'accusée, doit établir comment se serait conduite une personne raisonnable se livrant à la même activité que l'accusée dans les mêmes circonstances. Celles-ci ne comprennent pas les caractéristiques personnelles de l'accusée, si ce n'est celles qui ont pu la priver de la capacité d'apprécier le risque. Or, d'après la preuve, l'accusée ne s'est pas trouvée, pour cause de jeunesse, d'inexpérience et de manque d'instruction, dans l'incapacité d'apprécier le risque qu'il y avait à négliger son enfant. Par conséquent, c'est la norme de la personne raisonnablement prudente qui doit s'appliquer dans son cas.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major: Bien qu'on ne retrouve à l'art. 215 aucune expression du genre «aurait dû savoir» indiquant l'intention du législateur d'établir une norme objective de faute, le fait qu'il y est question de l'omission de remplir une «obligation» donne à entendre que la conduite de l'accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c'est-à-dire une norme de la société. La notion d'obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l'égard d'une conduite donnée: comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d'intérêt public visés par la dispo-

only be achieved if those under the duty are held to a societal, rather than a personal, standard of conduct.

Section 215(2)(a)(ii) makes the failure to fulfil the duty to provide necessities an offence where "the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently". It thus punishes a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child. The Crown must prove beyond a reasonable doubt both that the circumstances listed in subs. (2)(a)(ii) were objectively foreseeable in the circumstances, and that the conduct of the accused represented a marked departure from the standard of care required by those circumstances. This objective basis of criminal liability does not *per se* violate the *Charter*. Nor does a conviction under s. 215 carry with it such social stigma and such a severe penalty that a conviction based on penal negligence would violate s. 7 of the *Charter*. While a conviction under s. 215(2)(a)(ii) will no doubt result in the stigmatization, or even vilification, of the accused, this stigmatization is neither unfairly disproportionate nor unrelated to the culpable conduct of which the accused was found guilty. The lack of a minimum penalty means that the sentencing judge can tailor the sentence to the circumstances of the particular offence and offender, eliminating the danger of the accused being punished to a degree out of proportion to the level of fault actually found to exist. The availability of a defence of lawful excuse in s. 215(2) also serves to prevent the punishment of the morally innocent, even where the accused fails to meet the standard of care imposed by the objective test of penal negligence.

## (2) *Charge to the Jury*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Answers to ques-

sition en cause. L'article 215 a en effet pour but l'établissement d'un niveau minimal uniforme de soins à fournir aux personnes auxquelles il s'applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l'obligation sont tenus de respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle.

Le sous-alinéa 215(2)(a)(ii) fait de l'omission de remplir l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction lorsque «l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne». Cette disposition frappe donc d'une sanction un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable à la fois que les circonstances exposées au sous-al. (2)(a)(ii) étaient objectivement prévisibles dans les circonstances et que la conduite de l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence devant être respectée dans ces circonstances. Ce fondement objectif de la responsabilité criminelle ne va pas en soi à l'encontre de la *Charte*. De plus, une déclaration de culpabilité d'une infraction à l'art. 215 n'entraîne pas des stigmates tels et une peine à ce point sévère qu'un verdict de culpabilité fondé sur la négligence pénale constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 215(2)(a)(ii) attire sans doute sur l'accusé la stigmatisation, voire le déshonneur, cette stigmatisation n'est ni injustement disproportionnée ni dépourvue de lien avec la conduite blâmable dont il a été reconnu coupable. L'absence de peine minimale permet au juge chargé de la fixation de la peine d'adapter celle-ci aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et à la situation propre au contrevenant. Se trouve ainsi écarté le danger que l'accusé subisse une peine disproportionnée au degré de faute à l'existence duquel on a en fait conclu. La possibilité qu'offre le par. 215(2) d'invoquer une défense d'excuse légitime sert également à mettre à l'abri de la sanction les personnes moralement innocentes, même dans un cas où l'accusé ne satisfait pas à la norme de diligence imposée par le critère objectif de la négligence pénale.

## (2) *Les directives au jury*

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les

tions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point. The trial judge's answer to the jury's question in this case, which gave the jury the impression that they had no right to disagree, superseded the initial instruction in the minds of the jury. Accordingly, it is possible, if not likely, that the jury members resumed their deliberations with the mistaken impression that they were required to reach a verdict, and that they had misunderstood the earlier reference to their right to disagree. Given this error, a new trial must be ordered on both counts.

*Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting on this issue):* The trial judge's charge to the jury contained no error. There is no suggestion that the response to the jury's query failed to satisfy their concerns or that it raised further doubts as to the previous instructions. The charge must be read as a whole. Here the trial judge had already made it clear to the jury in his initial instructions that they had the right to disagree, and an appellate court should assume that such instructions are understood. The question as formulated by the jury shows that the members were not under any misapprehension about their ability to disagree, but rather that they were uncertain as to whether or not they needed to be unanimous in reaching a verdict. To that specific interrogation, the trial judge gave a full, careful and correct response. There is no further obligation to provide answers to questions that are not asked. Moreover, any doubt was completely laid to rest by the fact that the jurors were individually polled at the request of counsel for the appellant. The principal appeal should be dismissed, the cross-appeal allowed and the conviction restored.

(3) *Comment by Counsel for Co-Accused on Accused's Failure to Testify*

*Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.:* It is not necessary to address the issue relating to comment by counsel for a co-accused since a new trial is to be held given the disposition regarding the charge to the jury.

réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n'ont pas compris ou qu'ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu'ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations. Dans l'esprit des jurés en l'espèce, la réponse du juge du procès à leur question, qui leur a donné l'impression qu'ils n'avaient aucun droit d'être en désaccord, prenait le pas sur les directives initiales. Il est en conséquence possible, sinon probable, que, quand ils ont repris leurs délibérations, les jurés croyaient à tort devoir en arriver à un verdict, et qu'ils avaient mal compris la mention antérieure de leur droit au désaccord. Compte tenu de cette erreur, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs d'accusation.

*Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents sur ce point):* L'exposé du juge au jury n'était pas erroné. Rien ne laisse entendre que la réponse à la question ne permettait pas au jury de satisfaire à ses préoccupations ou qu'elle soulevait d'autres doutes relativement aux directives antérieures. L'exposé au jury doit être examiné dans son ensemble. En l'espèce, le juge du procès avait déjà clairement expliqué aux jurés dans ses directives initiales qu'ils avaient le droit d'être en désaccord, et une cour d'appel devrait présumer que ces directives ont été comprises. D'après la question telle que formulée par le jury, les jurés savaient qu'ils pouvaient être en désaccord, mais ils n'étaient pas certains s'ils devaient être unanimes pour rendre un verdict. Relativement à la question spécifique posée, le juge du procès a donné une réponse soignée et correcte. Il n'existe pas d'obligation de répondre à des questions qui n'ont pas été posées. D'autre part, les doutes pouvant subsister ont été dissipés lorsque, à la demande de l'avocat de l'appelante, on a procédé à une vérification individuelle du verdict. Le pourvoi principal doit être rejeté, le pourvoi incident doit être accueilli et la déclaration de culpabilité doit être rétablie.

(3) *Les commentaires de l'avocat du coaccusé sur le défaut de l'accusée de témoigner*

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major:* Point n'est besoin d'aborder la question des commentaires de l'avocat du coaccusé, puisqu'il doit y avoir un nouveau procès compte tenu de la conclusion relativement aux directives données au jury.



*Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.*: There is no rule of law prohibiting such comment, which is permitted as part and parcel of the right of an accused to make full answer and defence.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Followed:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

By Lamer C.J.

**Referred to:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wickham*; *R. v. Ferrara*; *R. v. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *De Luna v. United States*, 308 F.2d 140 (1962); *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261; *R. v. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273; *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391; *R. v. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(c), 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 197.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81, setting aside the appellant's conviction on a charge of failure to provide necessaries and upholding her conviction on a charge of aggravated assault.

*Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier*: Il n'existe aucune règle de droit qui interdise de tels commentaires, qui sont permis comme faisant partie intégrante du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

<sup>a</sup>

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts suivis:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

<sup>b</sup>

Citée par le juge en chef Lamer

<sup>c</sup>

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wickham*; *R. c. Ferrara*; *R. c. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *De Luna v. United States*, 308 F.2d 140 (1962); *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Vézeau v. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261; *R. c. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273; *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391; *R. c. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

<sup>e</sup>

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

<sup>f</sup>

*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Laforet v. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

<sup>g</sup>

### Lois et règlements cités

<sup>h</sup>

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(c), 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 197.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

<sup>i</sup>

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81, qui a annulé le verdict de culpabilité rendu contre l'appelante relativement à l'accusation d'avoir manqué à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence, et qui a confirmé le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement à l'accusation de voies de fait graves. Pourvoi et pourvoi

<sup>j</sup>

Appeal and cross-appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

*Irwin Koziembrocki*, for the appellant and cross-respondent Naglik.

*David B. Butt*, for the respondent and cross-appellant Her Majesty The Queen.

*Ingrid C. Hutton, Q.C.*, and *Kathleen Lyons*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

*Paul C. Bourque*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

LAMER C.J. —

### I. Facts

In 1987, Christine Naglik (to whom I shall refer as "Naglik", as she is both appellant and respondent before this Court) and her common law husband, Peter Geoffrey Pople, were charged with the aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son Peter Naglik. The Crown proceeded by indictment. The evidence established that Peter Naglik, then aged 11 weeks, was brought to hospital where he was found to have sustained a number of serious injuries (including a broken collarbone, fractured ribs in at least 15 places, a fractured vertebra, two separate skull fractures, and haemorrhaging of the brain and the retina) which had caused permanent damage. The injuries had been sustained over a period of time, estimated by physicians to be four weeks. Naglik gave exculpatory statements concerning her child's condition to police and other authorities which were inconsistent with the medical evidence at trial. At trial before a judge and jury, Naglik did not testify. Pople did testify, denying any involvement in causing the injuries to the child, and

incident accueillis, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

*Irwin Koziembrocki*, pour l'appelante et l'intimée <sup>a</sup> au pourvoi incident Naglik.

*David B. Butt*, pour l'intimée et l'appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine.

<sup>b</sup> *Ingrid C. Hutton, c.r.*, et *Kathleen Lyons*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>c</sup> *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Paul C. Bourque*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

<sup>d</sup> Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

<sup>e</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER —

### I. Les faits

<sup>f</sup> En 1987, Christine Naglik (ci-après appelée «Naglik» vu sa double qualité d'appelante et d'intimée devant notre Cour) et son conjoint de fait, Peter Geoffrey Pople, ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter Naglik et accusés également d'avoir manqué à l'obligation <sup>g</sup> de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public a décidé de poursuivre sur acte d'accusation. D'après la preuve, Peter Naglik, alors âgé de 11 semaines, a été amené à l'hôpital <sup>h</sup> où l'on a constaté plusieurs lésions graves (notamment une fracture de la clavicule, au moins 15 fractures des côtes, une fracture d'une vertèbre, deux fractures distinctes du crâne et une hémorragie cérébrale et rétinienne) qui lui avaient causé un préjudice permanent. Ces lésions avaient été subies <sup>i</sup> au cours d'une période que les médecins ont estimée à quatre semaines. Naglik a fait à la police et à d'autres autorités concernant l'état de son enfant <sup>j</sup> des déclarations disculpatoires qui contredisaient la preuve médicale produite au procès. Celui-ci s'est déroulé devant un juge et un jury et Naglik

claiming that Naglik was the child's primary caregiver.

Pople's counsel sought, and obtained, permission to comment on the failure of Naglik to testify. The trial judge allowed the comment, warning counsel that it had "better be within the bounds of propriety". In his address, Pople's counsel stated, in part:

The evidence shows that it must have been at least one of them. Now, he has sworn before you that it wasn't him. Your eyes turn to the other and she does not get up and deny it. Her counsel makes an effort to put it on Peter Pople, to accuse him conjecturally, but she doesn't get up or explain anything or accuse anyone.

In response, Naglik's counsel explained s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and pointed out that she had made exculpatory statements to various persons in authority at the first opportunity, unlike Pople. Naglik's counsel also moved for a mistrial because of the comment, but the motion was denied.

In his charge to the jury, the trial judge remarked that, under s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 197), the appropriate test to be applied was an objective one, and that the jury should convict if they were of the view that the parent "knew, or ought to have known, the seriousness of the child's condition and that it required medical attention".

With respect to the need for a unanimous verdict, the trial judge initially charged the jury as follows:

In other words, each and all of you must agree on each verdict that you see fit to return with respect to each accused. It is your right to disagree but I know you will do your best to come to an agreement. This trial has involved considerable time and expense and there have been the lives of people, your lives, the lives of wit-

n'y a pas témoigné. Pople, de son côté, a donné un témoignage dans lequel il disait n'avoir été pour rien dans les lésions causées à l'enfant et affirmait que c'était surtout Naglik qui en prenait soin.

L'avocat de Pople a demandé l'autorisation de commenter le défaut de Naglik de témoigner. Le juge du procès la lui a accordée, mais l'a prévenu qu'il devait [TRADUCTION] «veiller à ne pas dépasser les bornes». Dans son exposé, l'avocat de Pople a dit notamment:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'au moins un des deux doit être coupable. Or, M. Pople a témoigné devant vous que ce n'est pas lui. Reste donc la coaccusée, qui ne s'est pas présentée pour nier sa responsabilité. Son avocat tente d'imputer la responsabilité à Peter Pople, de l'accuser par conjecture, mais la coaccusée, elle, ne se présente pas, n'explique rien ni n'accuse personne.

En réponse, l'avocat de Naglik a invoqué l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et fait remarquer que Naglik, à la différence de Pople, avait, dès que l'occasion s'était présentée, fait des déclarations discolpatatoires à différentes personnes en autorité. L'avocat a en outre demandé que le procès soit déclaré nul en raison des commentaires susmentionnés, mais sa requête a été rejetée.

Dans ses directives au jury, le juge du procès a indiqué que, pour ce qui est de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 197), c'est un critère objectif qu'il convenait d'appliquer et que le jury devait conclure à la culpabilité s'il estimait que le parent [TRADUCTION] «savait, ou aurait dû savoir, que l'état de l'enfant était grave et que des soins médicaux s'imposaient».

En ce qui concerne la nécessité d'un verdict unanime, le juge du procès a d'abord donné au jury les directives suivantes:

[TRADUCTION] En d'autres termes, chacun d'entre vous doit être d'accord sur chaque verdict que vous jugez bon de rendre à l'égard de chacun des accusés. Vous avez le droit d'être en désaccord, mais je sais que vous ferez de votre mieux pour tomber d'accord. Le procès a pris beaucoup de temps et entraîné des dépenses considé-

nesses, have been disrupted and I am certain that no other jury can deal with this matter better than you.

The jury retired at 3:08 p.m. They returned to ask a question at 3:35 p.m., which the trial judge answered, and then again at 4:35 p.m., when they asked "Do we have to agree on guilty or not guilty?" The trial judge answered this question as follows:

Your question is "do we have to agree on guilty or not guilty". Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each count. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other. The 12 of you have to come to a decision one way or the other.

The jury returned verdicts of guilty on both counts for both Naglik and Pople at 8:08 p.m., and was polled at the request of defence counsel. Both were sentenced to four and one-half years on the first count (aggravated assault) and two years on the second count (failure to provide necessities), to be served concurrently.

The Ontario Court of Appeal allowed Naglik's appeal from her conviction on the second count (failure to provide necessities), set aside the conviction, and ordered a new trial on that count: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81.

Naglik has appealed the Court of Appeal's ruling with respect to comment by counsel for a co-

rables, et la vie de plusieurs — la vôtre et celle des témoins — a été perturbée. Je suis convaincu qu'aucun autre jury ne pourrait faire mieux que vous.

a Le jury s'est retiré à 15 h 08 pour revenir à 15 h 35 poser une question, à laquelle le juge a répondu. À 16 h 35 le jury est de nouveau revenu et a demandé: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] Vous me demandez: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre.

f Le jury a rendu à 20 h 08 à l'égard tant de Naglik que de Pople un verdict de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et, à la demande de l'avocat de la défense, on a procédé à une vérification individuelle du verdict. Les deux accusés ont été condamnés à quatre ans et demi de prison relativement au premier chef (voies de fait graves) et à deux ans relativement au second (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), mais ils ont bénéficié de la confusion des peines.

g h La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de Naglik contre le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement au second chef d'accusation (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), a annulé ce verdict et a ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81.

i j Naglik a reçu l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel relatif aux commen-

accused by leave, and with respect to the charge to the jury as of right (based on a dissent by Morden A.C.J.O.). The Attorney General for Ontario has cross-appealed the Court of Appeal's ruling with respect to the *mens rea* for s. 215 by leave.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

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

215. (1) Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessaries of life for a child under the age of sixteen years;

(b) as a married person, to provide necessaries of life to his spouse; and

(c) to provide necessaries of life to a person under his charge if that person

(i) is unable, by reason of detention, age, illness, insanity or other cause, to withdraw himself from that charge, and

(ii) is unable to provide himself with necessaries of life.

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

(i) the person to whom the duty is owed is in destitute or necessitous circumstances, or

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or

taires de l'avocat de son coaccusé et se pourvoit de plein droit (vu la dissidence du juge en chef adjoint Morden) relativement aux directives au jury. Le procureur général de l'Ontario a formé, avec autorisation, un pourvoi incident attaquant la conclusion de la Cour d'appel touchant la *mens rea* que requiert l'art. 215.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

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

215. (1) Toute personne est légalement tenue:

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

b) à titre de personne mariée, de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint;

c) de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à sa charge, si cette personne est incapable, à la fois:

(i) par suite de détention, d'âge, de maladie, d'aliénation mentale ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge,

(ii) de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si:

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b):

(i) ou bien la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin,

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle

causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

(b) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(c), the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed or causes or is likely to cause the health of that person to be injured permanently.

(3) Every one who commits an offence under subsection (2) is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

### III. Judgments Below

*Court of Appeal* (1991), 3 O.R. (3d) 385

A. Morden A.C.J.O. (dissenting in part)

(1) Comment by Co-Accused: Morden A.C.J.O. first dealt with the comment by counsel for the co-accused on Naglik's failure to testify. He noted that the comment was not prohibited by the terms of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, and was not prohibited by the common law, citing *R. v. Wickham*; *R. v. Ferrara*; *R. v. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.).

cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

b) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)c), l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou cause, ou est de nature à causer, un tort permanent à la santé de cette personne.

(3) Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (2) est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

### *Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

### III. Les juridictions inférieures

*La Cour d'appel* (1991), 3 O.R. (3d) 385

A. Le juge en chef adjoint Morden (dissent en partie)

(1) Les commentaires du coaccusé: Le juge en chef adjoint Morden s'est penché d'abord sur les commentaires faits par l'avocat du coaccusé de Naglik sur le fait que celle-ci n'a pas témoigné. Il a fait remarquer que ni le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* ni la common law, n'interdisait ces commentaires, et il a cité à cet effet l'arrêt *R. c. Wickham*; *R. c. Ferrara*; *R. c. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.).

Turning to s. 11(c) of the *Charter*, Morden A.C.J.O. noted that Naglik relied on the decision of Wisdom J. in the United States Court of Appeals, Fifth Circuit, in *De Luna v. United States*, 308 F.2d 140 (1962). In *De Luna*, the majority of the court held that the Fifth Amendment and federal statutes protected the accused from any form of compulsion to testify, even if that compulsion arose from tactical considerations such as the risk of adverse comment or the existence of “harmful presumptions (and inferences) based on assertion of the right [to silence]” (p. 151). Wisdom J. thus held that the trial judge’s implicit participation in allowing counsel for a co-accused to comment on the accused’s failure to testify violated the Fifth Amendment. Morden A.C.J.O. rejected *De Luna* as persuasive in Canada, because of the decision of Cory J.A. (as he then was) in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, that “tactical”, as opposed to “legal” compulsion to testify was not prohibited by s. 11(c). This holding was in turn based on the decision of this Court in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, holding that it is open to a jury to draw an adverse inference from the accused’s decision not to testify. Morden A.C.J.O. also noted that the applicable U.S. federal statute prohibited any presumption based on the accused’s failure to testify, and that after *Vézeau* the Canadian position was the opposite. He also cited the decision of the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65, in which that court followed *Boss*.

Morden A.C.J.O. concluded his reasons on this ground by warning that counsel for a co-accused did not have “free rein” in making comments on the accused’s failure to testify, and would not be allowed to “encourage the jury to speculate or draw unwarranted inferences” (p. 397).

Abordant ensuite l’al. 11c) de la *Charte*, le juge en chef adjoint Morden a indiqué que Naglik s’appuyait sur l’arrêt rendu par le juge Wisdom de la Cour d’appel des États-Unis, (Fifth Circuit), dans l’affaire *De Luna c. United States*, 308 F.2d 140 (1962), où la cour a statué à la majorité que le Cinquième amendement ainsi que les lois fédérales mettaient l’accusé à l’abri de toute forme de contrainte de témoigner — même celle procédant de considérations d’ordre tactique comme le risque de commentaires défavorables ou l’existence de [TRADUCTION] «présomptions (et d’inférences) préjudiciables fondées sur le fait qu’on s’est prévalu de ce droit [de garder le silence]» (p. 151). Le juge Wisdom a donc conclu que la participation implicite du juge du procès qui a permis que l’avocat du coaccusé commente le défaut de l’accusé de témoigner constituait une violation du Cinquième amendement. Selon le juge en chef adjoint Morden, l’arrêt *De Luna* ne fait pas jurisprudence au Canada en raison de la décision du juge Cory de la Cour d’appel de l’Ontario (maintenant juge de notre Cour) dans l’arrêt *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, selon laquelle la contrainte [TRADUCTION] «tactique», par opposition à [TRADUCTION] «juridique», de témoigner n’était pas interdite par l’al. 11c). Cette conclusion reposait, elle, sur l’arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans lequel notre Cour a dit qu’il est loisible à un jury de tirer une inférence défavorable de la décision de l’accusé de ne pas témoigner. Le juge en chef adjoint Morden a fait remarquer en outre qu’aux termes de la loi fédérale américaine qui s’appliquait, toute présomption fondée sur le défaut de l’accusé de témoigner était proscrite, et qu’à la suite de l’arrêt *Vézeau* c’était le contraire au Canada. Il a cité également l’arrêt *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65, dans lequel la Cour d’appel de Terre-Neuve a suivi l’arrêt *Boss*.

Le juge en chef adjoint Morden a terminé son analyse de ce moyen par une mise en garde, à savoir que l’avocat d’un coaccusé n’a pas [TRADUCTION] «carte blanche» pour commenter le défaut de l’accusé de témoigner et qu’il ne sera pas permis à l’avocat [TRADUCTION] «[d’]encourager le jury à se livrer à des conjectures ou [de] faire des inférences injustifiées» (p. 397).

(2) Instruction to the Jury: Morden A.C.J.O. was of the opinion that, however clear the initial charge had been on the jury's right to disagree and the requirement of unanimity, the jury's question indicated that they were confused about these points. He argued that if the jury truly understood that they had a right to disagree, they would not have needed to ask the question. Furthermore, the answer given by the trial judge went beyond reiterating the need for unanimity to emphasize the obligation to bring in a verdict "one way or the other". Citing Cory J.'s remarks in *R. v. W.(D)*, [1991] 1 S.C.R. 742, to the effect that answers to questions from the jury will be more closely scrutinized, Morden A.C.J.O. would have ordered a new trial on this ground.

(3) Definition of "Necessaries": Naglik claimed that the trial judge gave the word "necessaries" a wider definition than the matters referred to in the indictment. Morden A.C.J.O. concluded that any deficiencies in the trial judge's original charge were fully clarified in his recharge. This holding is not a ground of appeal in this Court.

(4) Mens Rea Under s. 215: On the question of the intent required for the failure to provide necessities of life charge, Morden A.C.J.O. held, at pp. 402-3, that "as a matter of authoritative precedent, this ground of appeal should succeed":

In other words, the offence in question requires actual knowledge of (which would include wilful blindness with respect to) the circumstances which make the failure to perform the duty to provide necessities an offence. It is an offence which may be committed intentionally or recklessly. It is not an offence of mere negligence, where an honest belief in circumstances which do not require the performance of the duty must be based on reasonable grounds.

(2) Les directives au jury: Le juge en chef adjoint Morden était d'avis que, pour claires que fussent les directives initiales sur la question du droit des jurés au désaccord et sur l'exigence d'unanimité, la question posée par le jury témoignait de la confusion qui régnait dans l'esprit des jurés sur ces points. Si vraiment les jurés avaient compris qu'ils avaient le droit d'être en désaccord, a soutenu le juge en chef adjoint, ils n'auraient pas eu besoin de poser la question. De plus, le juge du procès ne s'est pas borné dans sa réponse à répéter la nécessité d'unanimité, mais il a insisté sur l'obligation de rendre un verdict «dans un sens ou dans l'autre». Citant le juge Cory, qui a indiqué dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, que les réponses aux questions posées par le jury feront l'objet d'un examen plus approfondi, le juge Morden s'est dit d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur ce moyen.

(3) Définition de «choses nécessaires à l'existence»: Le juge du procès, a prétendu Naglik, a donné au terme «choses nécessaires à l'existence» une définition dont la portée dépassait ce qui était visé dans l'acte d'accusation. Le juge en chef adjoint Morden a conclu que toute lacune que pouvait présenter les directives initiales du juge du procès à cet égard a été entièrement comblée par ses directives supplémentaires. Cette conclusion n'est pas contestée devant notre Cour.

(4) La mens rea dans le contexte de l'art. 215: Sur la question de l'intention requise dans le cas de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge en chef adjoint Morden a dit, aux pp. 402 et 403, que [TRADUCTION] «compte tenu de la jurisprudence faisant autorité en la matière, il y a lieu de retenir ce moyen d'appel»:

[TRADUCTION] En d'autres termes, l'infraction en cause nécessite la connaissance effective des circonstances qui font de l'omission de s'acquitter de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction (connaissance qui comprend le cas de l'aveuglement volontaire à l'égard de ces circonstances). Il s'agit d'une infraction que l'on peut commettre volontairement ou par insouciance. Ce n'est pas une infraction de simple négligence, pour laquelle la croyance sincère à l'existence de circonstances qui n'obligent pas à remplir l'obligation doit reposer sur des motifs raisonnables.



He then examined the relevant authorities: *R. v. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261 (Ont. C.A.); *R. v. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273 (Ont. C.A.); and *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357 (Ont. C.A.). Morden A.C.J.O. stated that these authorities made it clear that lack of subjective knowledge, or honest belief (whether reasonable or not) were sufficient to negate the *mens rea* for the offence. However, he also acknowledged weaknesses in the precedential force of *Lewis*, and that the appellant and respondent in *Atikian* took the common position that the *mens rea* for the offence was subjective, so that the point was accepted by the court without argument.

(5) Reverse Onus of s. 215(2): Because Naglik took the position that her lawful excuse was a lack of subjective awareness, a matter in which Morden A.C.J.O. held the Crown bore the burden of proof beyond a reasonable doubt, he did not consider this ground of appeal further.

Given his conclusions on the second ground (the charge to the jury) and fourth ground (*mens rea* under s. 215), Morden A.C.J.O. would have allowed the appeal, set aside the convictions and ordered a new trial on both counts.

B. Galligan J.A. (McKinlay J.A. concurring)

Galligan J.A. agreed with Morden A.C.J.O. in his disposition of all but the second ground of appeal (the charge to the jury). He noted that the correct instruction was "almost the last thing which the jury heard before retiring to deliberate" (p. 406), and was of the view that the question related only to the need for unanimity in reaching a verdict, to which the trial judge gave a proper answer, and not to the right of jurors to disagree. Therefore, Galligan J.A. was of the view that there was no error in the trial judge's charge to the jury.

Il a ensuite examiné la jurisprudence pertinente, à savoir: *R. c. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261 (C.A. Ont.); *R. c. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273 (C.A. Ont.); et *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357 (C.A. Ont.). Il s'en dégage nettement, selon lui, que l'absence de connaissance subjective ou la croyance sincère (qu'elle soit raisonnable ou non) suffisait pour écarter la *mens rea* requise pour l'infraction. Toutefois, il a reconnu aussi que l'arrêt *Lewis* ne constituait pas un précédent très solide et que, dans l'affaire *Atikian*, la partie appelante et la partie intimée avaient toutes deux soutenu que l'infraction en question nécessitait une *mens rea* subjective, de sorte que la cour a retenu ce point de vue sans entendre d'argumentation.

(5) L'inversion de la charge de la preuve opérée par le par. 215(2): Puisque Naglik a avancé comme excuse légitime l'absence de connaissance subjective, connaissance que, d'après le juge en chef adjoint Morden, le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable, le juge en chef adjoint en est resté là de son examen de ce moyen d'appel.

Vu ses conclusions sur le deuxième moyen (les directives au jury) et sur le quatrième (la *mens rea* dans le contexte de l'art. 215), le juge en chef adjoint Morden était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux chefs d'accusation.

B. Le juge Galligan (avec l'appui du juge McKinlay)

Le juge Galligan a souscrit aux conclusions du juge en chef adjoint Morden sur chacun des moyens d'appel sauf le deuxième (les directives au jury). Il a fait remarquer à cet égard que les directives correctes étaient [TRADUCTION] «presque la toute dernière chose que le jury a entendue avant de se retirer pour délibérer» (p. 406). Il estimait en outre que la question, à laquelle le juge du procès a bien répondu, ne concernait que la nécessité d'un verdict unanime et n'avait rien à voir avec le droit des jurés d'être en désaccord. Donc, selon le juge Galligan, les directives du juge du procès au jury n'étaient entachées d'aucune erreur.

Because he agreed with Morden A.C.J.O. with respect to the test under s. 215, Galligan J.A. allowed the appeal and directed a new trial with respect to the conviction on count 2 (failure to provide necessities), but dismissed the appeal from the conviction on count 1 (aggravated assault).

#### IV. Issues

Grounds of appeal (1) and (2) were raised in Naglik's appeal; (1) by leave and (2) as of right. Ground (3) was raised in the Attorney General for Ontario's cross-appeal by leave.

(1) (a) Did the Court of Appeal for Ontario err in law in failing to hold that the trial judge erred in law in permitting counsel for the co-accused, Peter Geoffrey Pople, to comment in his address to the jury on the appellant's failure to testify on her own behalf?

(b) Did the Court of Appeal for Ontario err in law in failing to hold that such comment amounted to a breach of the protection afforded to the appellant by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that "she not be compelled to be a witness in proceedings against her in respect of the offence"?

(2) Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err in law in holding that the learned trial judge did not err in instructing the jury in such a way that left no room for them to disagree?

(3) Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the trial judge erred in instructing the jury that on a charge of failing to provide the necessities of life, the test for determining whether the respondent breached her duty to provide necessities was to a reasonable person or objective standard?

If so, on the issue of the constitutionality of an objective basis of liability for s. 215, I stated the

Comme il partageait l'avis du juge en chef adjoint Morden quant au critère à appliquer dans le cas de l'art. 215, le juge Galligan a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement au verdict de culpabilité rendu à l'égard du second chef d'accusation (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), mais il a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'infraction visée au premier chef d'accusation (voies de fait graves).

#### IV. Les questions en litige

Les premier et deuxième moyens ont été soulevés dans le pourvoi de Naglik, le premier, avec l'autorisation de la Cour et le deuxième, de plein droit. Quant au troisième moyen, c'est le procureur général de l'Ontario qui l'a invoqué, avec autorisation, dans le cadre du pourvoi incident.

[TRADUCTION]

(1) a) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit par son omission de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en permettant à l'avocat du coaccusé, Peter Geoffrey Pople, de commenter dans son exposé au jury le défaut par l'appelante de témoigner?

b) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne concluant pas que ces commentaires portaient atteinte au droit de l'appelante, conféré par l'art. 7 et les al. 11c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, «de ne pas être contraint[e] de témoigner contre [elle]-même dans toute poursuite intentée contre [elle] pour l'infraction qu'on lui reproche»?

(2) Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont-ils commis une erreur de droit en concluant que ce n'est pas à tort que le savant juge du procès a donné au jury des directives telles, qu'elles n'admettaient aucun désaccord entre eux?

(3) Est-ce à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que, dans le cas de l'accusation d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le critère pour déterminer si l'intimée a manqué à son obligation à cet égard est celui de la personne raisonnable, soit un critère objectif?

Dans l'affirmative, j'ai formulé dans une ordonnance datée du 1<sup>er</sup> mai 1992 les questions sui-

following constitutional questions by order dated May 1, 1992:

1. Does an objective basis of liability for s. 215 of the *Criminal Code* of Canada offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is an objective basis of liability for s. 215 a reasonable limit on the s. 7 *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*?

## V. Analysis

### A. *Comment by Counsel for Co-Accused*

Given my disposition of the ground of appeal relating to the charge to the jury, a new trial must be held on both counts, and it is not necessary to address the issue relating to comment by counsel for a co-accused on the accused's failure to testify. As Pople has not appealed his conviction, there will be no opportunity for comment by counsel for a co-accused at Naglik's new trial, and the issue will not arise. This question should be examined having regard to the constitutionality of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. While s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* may well be open to *Charter* challenge, in so far as it prevents the trial judge from granting a remedy under s. 24(1) in the form of a remedial comment or instruction where something has occurred which affects the fairness of the trial, there was no challenge to the constitutionality of this aspect of s. 4(6) in this case. Therefore, I will deal only with the charge to the jury, and the constitutionality of objective liability for s. 215. The latter issue must be decided in this appeal because it will clearly be an important part of the trial judge's charge to the jury in the new trial.

vantes concernant la constitutionnalité du fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215:

1. Un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 du *Code criminel* du Canada est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 constitue-t-il une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte* conformément à l'article premier de la *Charte*?

## V. Analyse

### A. *Les commentaires de l'avocat du coaccusé*

Compte tenu de ma conclusion sur le moyen d'appel relatif aux directives données au jury, il doit y avoir un nouveau procès portant sur les deux chefs d'accusation. Point n'est donc besoin d'aborder la question des commentaires de l'avocat du coaccusé sur le défaut de l'accusée de témoigner. Comme Pople n'a pas interjeté appel du verdict de culpabilité rendu à son égard, il n'y aura au nouveau procès de Naglik aucun coaccusé au sujet de qui l'avocat pourra faire des commentaires et, par conséquent, cette question ne se posera pas. Il s'agit d'une question qu'il conviendrait d'examiner en fonction de la constitutionnalité du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Or, il se peut bien que ce paragraphe donne prise à une contestation fondée sur la *Charte* pour autant qu'il empêche le juge du procès d'accorder en vertu du par. 24(1) une réparation sous forme de commentaires ou de directives dans un cas où est survenu un événement qui compromet l'équité du procès. En l'espèce toutefois, on n'a pas contesté la constitutionnalité du par. 4(6) sous cet aspect. Je ne me penche en conséquence que sur les directives au jury et sur la constitutionnalité d'une responsabilité objective dans le cas de l'art. 215. Cette dernière question doit être tranchée en l'espèce parce que ce sera de toute évidence un élément important des directives que donnera le juge du procès au jury lors du nouveau procès.

### B. Charge to the Jury

The common problem raised by the facts of this case is an alleged conflict between an initial instruction and a later instruction in response to a question from the jury. While this Court has stressed the importance of examining charges to the jury as a whole, rather than scrutinizing impugned passages in isolation, I think that it is also important to recognize the oftentimes particular effect of instructions which are given in response to a question from the jury.

It must first be decided whether there was in fact a conflict between the initial charge and the recharge. No one takes issue with the initial charge, which was generous to Naglik in stating the jury's right to disagree, but nevertheless urged the jury to reach a verdict, which had to be unanimous. The Attorney General for Ontario submits that the jury's later question ("Do we have to agree on guilty or not guilty?") indicated not "Do we have to reach a verdict?", but rather "Does the verdict we reach have to be unanimous?" Thus, the Attorney General for Ontario submits that there was no inconsistency between the initial charge and the answer to the question, since it did not address the right to disagree, but only the requirement of unanimity.

Like Morden A.C.J.O., I do not interpret the question and the trial judge's answer so benignly. The jury asked, primarily, "do we have to agree?", and then enumerated the two possible verdicts which had been left to them. I would agree with Morden A.C.J.O. that "if the jury clearly understood that they had the right to disagree, and hence not to return a verdict, they would not have needed to ask the question" (p. 399). If the jury wondered whether a majority vote would be sufficient for a verdict, this reveals that there was disagreement, and that they were having difficulty reaching a unanimous verdict. Therefore, I would conclude that the question from the jury concerned their right to disagree, and that the answer given by the trial judge was clearly within the terms of *Latour*

### B. Les directives au jury

Le problème courant que présentent les faits de l'espèce est celui de la contradiction qui existerait entre les directives initiales et celles données ultérieurement en réponse à une question du jury. Bien que notre Cour ait souligné l'importance d'examiner dans leur ensemble les directives au jury, plutôt que de scruter isolément les passages attaqués, je crois qu'il importe également de reconnaître que les directives répondant à une question du jury ont souvent un effet particulier.

On doit décider d'abord s'il y avait vraiment contradiction entre les directives initiales et les directives supplémentaires. Personne ne conteste les directives initiales, qui étaient avantageuses pour Naglik en ce sens qu'elles énonçaient le droit des jurés au désaccord, mais qui incitaient néanmoins le jury à en venir à un verdict, lequel devait être unanime. D'après le procureur général de l'Ontario, la question ultérieure du jury («Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?») revenait à demander non pas: «Faut-il que nous en venions à un verdict?», mais bien: «Notre verdict doit-il être unanime?» Le procureur général de l'Ontario allègue donc l'absence de toute contradiction entre les directives initiales et la réponse à la question, étant donné que cette réponse portait non pas sur le droit au désaccord mais seulement sur l'exigence d'unanimité.

Pas plus que le juge en chef adjoint Morden, je n'interprète de façon aussi bienveillante ni la question ni la réponse qu'y a donnée le juge du procès. Le jury a demandé essentiellement: «Faut-il que nous nous entendions?», puis a énuméré les deux verdicts entre lesquels il avait à choisir. Je conviens avec le juge en chef adjoint Morden que [TRADUCTION] «si les jurés ont bien compris qu'ils avaient le droit de ne pas être d'accord et, par conséquent, de ne pas rendre de verdict, ils n'auraient pas eu à poser la question» (p. 399). Si les jurés se demandaient si une majorité des voix suffisait pour qu'un verdict soit rendu, cela révèle qu'il existait des désaccords et qu'ils avaient du mal à en arriver à un verdict unanime. Je conclus en conséquence que la question du jury concernait leur droit d'être

*v. The King*, [1951] S.C.R. 19, in which Fauteux J. (as he then was) commented (at p. 30): "If one of the jurors could have reasonably understood from this direction — and it may be open to such construction — that there was an obligation to agree upon a verdict, the direction would be bad in law."

Given this conflict, the further question arises as to whether the instructions the jury received, as a whole (i.e., including the incorrect answer to the question), were in error. Did the initial correct instruction save the later incorrect instruction?

Morden A.C.J.O. relied upon *R. v. W.(D.)*, *supra*, in which Cory J. noted a difference between instructions given in the main charge and instructions given in response to questions from the jury (at pp. 759-60): "When a jury submits a question, it gives a clear indication of the problem the jury is having with a case. Those questions merit a full, careful and correct response." Answers to questions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point.

The trial judge's answer to the jury's question, which gave the jury the impression that they had no right to disagree, superseded the initial instruction in the minds of the jury. Accordingly, it is possible, if not likely, that the jury members resumed their deliberations with the mistaken impression that they were required to reach a verdict, and that they had misunderstood the earlier reference to their right to disagree. Given this error, a new trial must be ordered on both counts.

en désaccord et que la réponse du juge du procès relevait clairement de l'arrêt *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, dans lequel le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) a dit (à la p. 30): [TRADUCTION] «Si l'un des jurés avait pu raisonnablement comprendre cette directive — et on peut peut-être l'interpréter ainsi — comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, la directive serait mauvaise en droit.»

Vu cette contradiction, se pose en outre la question de savoir si, dans leur ensemble (c.-à-d. avec l'inclusion de la réponse erronée à la question), les directives au jury étaient entachées d'erreur. Les directives initiales correctes l'emportent-elles en fait sur les directives ultérieures incorrectes?

Le juge en chef adjoint Morden s'est fondé sur l'arrêt *R. c. W.(D.)*, précité, dans lequel le juge Cory fait ressortir une différence entre les directives principales et celles données en réponse aux questions posées par le jury (aux pp. 759 et 760: «Lorsque le jury pose une question, ce fait indique manifestement que les jurés éprouvent des difficultés avec le cas. Ces questions appellent une réponse soignée et correcte.») Les réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n'ont pas compris ou qu'ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu'ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations.

Dans l'esprit des jurés, la réponse du juge du procès à leur question, qui leur a donné l'impression qu'ils n'avaient aucun droit d'être en désaccord, prenait le pas sur les directives initiales. Il est en conséquence possible, sinon probable, que, quand ils ont repris leurs délibérations, les jurés croyaient à tort devoir en arriver à un verdict, et qu'ils avaient mal compris la mention antérieure de leur droit au désaccord. Compte tenu de cette erreur, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs d'accusation.

### C. *Mens Rea* for Section 215

Unlike the first ground of appeal, this issue must be resolved, since it will be a crucial element of the judge's charge to the jury in Naglik's new trial. Before answering the constitutional questions, it is necessary to decide whether s. 215(2)(a)(ii) enacts an offence for which Parliament has indicated that objective fault is appropriate, or whether Parliament has enacted an offence for which subjective fault must be proven.

The Court of Appeal decided this case on the basis of what it considered to be binding precedents (*Lewis, Steele* and *Atikian*) holding that subjective fault was required under s. 215. However, as noted above, Morden A.C.J.O. admitted that the precedential force of these prior decisions is less than compelling; indeed, the precise issue was never clearly addressed or decided in *Lewis* or *Steele*, and the point was conceded by the Crown in *Atikian*. A subjective standard of fault for s. 215 has also found support in provincial court decisions.

In *R. v. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391 (Man. Prov. Ct.), the Provincial Court judge relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in this appeal, and the decision in *R. v. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387 (Ont. Prov. Ct.), to hold that s. 215 was not what he termed an "absolute liability" offence but rather required the Crown to "prove mens rea . . . beyond a reasonable doubt." The learned judge also cited Wilson J.'s reasons in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392 (which did not represent the views of a majority of this Court, as the Court was divided on this issue 3:3), and referred to *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, as authority for the proposition that "proof of mens rea [is] a constitutionally mandated element of every criminal offence". I think it is clear that the ratio of *Vaillancourt* was not that proof of subjective mens rea is required for all criminal offences, which is the import of the Provincial Court judge's reasoning in *Leveque*. Furthermore, as I discuss below, subsequent decisions of this Court have

### C. *La mens rea* dans le cas de l'article 215

À la différence du premier moyen d'appel, cette question doit être tranchée puisque la mens rea sera un élément capital des directives que donnera le juge au jury dans le cadre du nouveau procès de Naglik. Avant de répondre aux questions constitutionnelles, il nous faut décider si le sous-al. 215(2)a(ii) énonce une infraction pour laquelle le législateur fédéral a prévu une faute objective, ou s'il s'agit plutôt d'une infraction nécessitant la preuve d'une faute subjective.

La Cour d'appel a tranché ce litige en se fondant sur des précédents, par lesquels elle s'est sentie liée (les arrêts *Lewis, Steele* et *Atikian*), établissant que l'art. 215 commandait une faute subjective. Cependant, comme il a déjà été indiqué, le juge en chef adjoint Morden a reconnu que ces précédents n'avaient rien d'impérieux. De fait, la question précise dont nous sommes saisis n'a jamais été clairement abordée ni tranchée dans les arrêts *Lewis* et *Steele*, tandis que, dans l'affaire *Atikian*, elle a fait l'objet d'une concession de la part du ministère public. Certaines décisions de cours provinciales ont également appuyé une norme subjective de faute dans le cas de l'art. 215.

Dans l'affaire *R. c. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391 (C. prov. Man.), le juge de la Cour provinciale, se fondant sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce et sur la décision *R. c. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387 (Cour prov. Ont.), a conclu que l'art. 215 ne prévoyait pas ce qu'il a appelé une infraction de [TRADUCTION] «responsabilité absolue», mais imposait plutôt au ministère public l'obligation de [TRADUCTION] «prouver la mens rea [. . .] hors de tout doute raisonnable». Le juge a également cité les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 (lesquels n'exprimaient pas l'avis de la majorité des juges de notre Cour, puisque, sur ce point, ils étaient trois contre trois) et a mentionné l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à l'appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «la Constitution exige pour chaque infraction criminelle que soit faite la preuve de la mens rea». Or, je tiens pour évident que, contrairement à ce qui ressort du raisonnement du juge de la Cour

made it clear that an objective basis of liability for criminal offences can be constitutionally sufficient.

In *Degg*, the Provincial Court judge cited *Lewis* and *Steele* to hold that the wording of s. 215 did not evidence a sufficiently clear Parliamentary intention to enact an offence of what he termed “strict liability”.

Because of their limitations, I do not consider any of these decisions persuasive, but would consider the basis of liability under s. 215 afresh and on first principles. With respect to the wording of s. 215, while there is no language in s. 215 such as “ought to have known” indicating that Parliament intended an objective standard of fault, the language of s. 215 referring to the failure to perform a “duty” suggests that the accused’s conduct in a particular circumstance is to be determined on an objective, or community, standard. The concept of a duty indicates a societal minimum which has been established for conduct: as in the law of civil negligence, a duty would be meaningless if every individual defined its content for him- or herself according to his or her subjective beliefs and priorities. Therefore, the conduct of the accused should be measured against an objective, societal standard to give effect to the concept of “duty” employed by Parliament.

The policy goals of the provision support this interpretation. Section 215 is aimed at establishing a uniform minimum level of care to be provided for those to whom it applies, and this can only be achieved if those under the duty are held to a societal, rather than a personal, standard of conduct. While the section does not purport to prescribe

provinciale dans la décision *Leveque*, l’arrêt *Vailancourt* n’établit pas qu’il y a obligation de prouver l’existence d’une *mens rea subjective* pour toutes les infractions criminelles. De surcroît, comme je l’indique plus loin, il se dégage clairement d’arrêts subséquents de notre Cour que, du point de vue constitutionnel, un fondement objectif de responsabilité peut suffire dans le cas d’infractions criminelles.

Dans la décision *Degg*, le juge de la Cour provinciale, citant les arrêts *Lewis* et *Steele*, a conclu que le texte de l’art. 215 ne traduisait pas une intention suffisamment claire de la part du législateur de créer ce que le juge a qualifié d’infraction de [TRADUCTION] «responsabilité stricte».

Étant donné les lacunes que présentent ces décisions, je ne considère comme convaincante aucune d’elles. Je préfère donc examiner à nouveau et en fonction des principes de base la question du fondement de la responsabilité dans le cas de l’art. 215. En ce qui concerne le texte de cet article, bien qu’on n’y retrouve aucune expression du genre «aurait dû savoir» indiquant l’intention du législateur d’établir une norme objective de faute, le fait qu’il y est question de l’omission de remplir une «obligation» donne à entendre que la conduite de l’accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c’est-à-dire une norme de la société. La notion d’obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l’égard d’une conduite donnée: comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. La conduite de l’accusé devrait en conséquence s’apprécier en fonction d’une norme objective ou d’une norme de la société afin de donner effet à la notion d’«obligation» à laquelle a recouru le législateur.

Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d’intérêt public visés par la disposition en cause. L’article 215 a en effet pour but l’établissement d’un niveau minimal uniforme de soins à fournir pour les personnes auxquelles il s’applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l’obligation sont tenus de res-

parenting or care-giving techniques, it does serve to set the floor for the provision of necessities, at the level indicated by, for example, the circumstances described in subs. (2)(a)(ii). The effects of a negligent failure to perform the duty will be as serious as an intentional refusal to perform the duty.

Since s. 215 enacts an offence for which objective fault is appropriate to sustain a conviction, it remains to be considered what the nature of that objective liability is, and, under the terms of the constitutional questions, whether that standard of liability offends s. 7 of the *Charter* in such a way that it may not be saved by resort to s. 1.

In *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76 (judgment rendered concurrently), I discuss the nature of objective liability in the criminal law, which I term "penal negligence." Briefly, *Gosset* establishes that penal negligence punishes a marked departure from an objectively reasonable standard of care, in accord with Cory J.'s reasons in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. However, I also make it clear in *Gosset* that the reasonableness of the accused's conduct is not to be assessed in the abstract, but with reference to the circumstances of the accused and the offence, to avoid punishing the morally innocent who could not have acted other than they did in the circumstances; specifically, in *Gosset* I summarize the operation of penal negligence as follows, at pp. 95-96:

Once a marked departure from the standard of care is established, the focus of the investigation under penal negligence must shift, therefore, to the question of whether the accused was capable of recognizing that he or she had fallen short of the standard of care required in the circumstances by the charging section.

Another crucial consideration would be whether it was possible for Naglik to control or compensate

pecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. Cet article ne va certes pas jusqu'à prescrire comment élever les enfants ou donner des soins, mais il établit en ce qui concerne la fourniture des choses nécessaires à l'existence un seuil que constituent, par exemple, les circonstances exposées au sous-al. (2)a(ii). L'omission par négligence de remplir l'obligation en question aura des effets aussi graves que le refus intentionnel de le faire.

Puisque l'art. 215 prévoit une infraction pour laquelle il convient de prouver une faute objective afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, il reste à examiner la nature de cette responsabilité objective et, dans le contexte des questions constitutionnelles, à décider si cette norme de responsabilité viole l'art. 7 de la *Charte* d'une façon telle que le recours à l'article premier ne permettra pas de la sauvegarder.

Dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76 (rendu simultanément), je traite de la nature de la responsabilité objective en droit criminel, que je qualifie de «négligence pénale». En bref, l'arrêt *Gosset* établit que la négligence pénale permet de sanctionner un écart marqué par rapport à une norme de diligence objectivement raisonnable, et ce d'une manière conforme aux motifs du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. Cependant, je précise également dans l'arrêt *Gosset* que le caractère raisonnable de la conduite de l'accusé est à apprécier non pas dans l'abstrait mais en fonction de la situation de l'accusé et des circonstances de l'infraction afin que ne soient pas punies les personnes moralement innocentes qui, dans les circonstances, n'auraient pu agir autrement. Plus précisément, je fais dans l'arrêt *Gosset* le résumé suivant de l'application de la négligence pénale, aux pp. 95 et 96:

Une fois établi un écart marqué par rapport à la norme de diligence, l'examen, dans le cas de négligence pénale, doit ensuite porter sur la question de savoir si l'accusé était en mesure de reconnaître qu'il n'avait pas satisfait à la norme de diligence requise par la disposition constitutive d'infraction dans les circonstances.

Une autre considération importante serait de se demander s'il était possible pour Naglik dans les



for her incapacities in the circumstances. For example, the evidence indicates that the services of a Public Health Nurse were made available to Naglik to help her with the adjustment to caring for the child, given her age, education and lack of experience with children. Naglik apparently resisted these attempts to assist her with the care of the baby. Furthermore, s. 215(2)(a)(ii) covers a failure to provide necessities in an ongoing relationship and over a period of time, as well as the failure to perform a specific act as part of a discrete transaction, suggesting that the nature of the failure alleged by the Crown would also affect the jury's assessment of Naglik's actions. The test for penal negligence outlined in *Gosset* will direct the trier of fact's attention to all of these considerations.

What parts of the offence must be objectively foreseeable? In this appeal, Naglik was charged under ss. 197(2)(a)(ii) and 197(3) (now ss. 215(2)(a)(ii) and 215(3)) of the *Criminal Code*, which make the failure to fulfil the duty to provide necessities an offence where "the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently". I would hold that s. 215(2)(a)(ii) punishes a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child. This is not one of the few offences, described in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (judgment rendered concurrently), in which the nature of an underlying act, unlawful in itself, is so risky that it is presumed to involve objective foresight of the risk of the consequences which follow and which give rise to a separate offence. The circumstances described in subs. (2)(a)(ii) are not just aggravating consequences, but are essential elements of the *actus reus* of the offence. Thus, the Crown must prove beyond a reasonable doubt both that the circumstances listed in subs. (2)(a)(ii) were objectively foreseeable in

circumstances de contrôler ou de compenser ses lacunes. Par exemple, la preuve indique que, compte tenu de son âge, de son degré d'instruction et de son manque d'expérience avec les enfants, l'on a offert à Naglik les services d'une infirmière de la santé publique pour l'aider à s'adapter aux soins à donner à un bébé. Naglik aurait apparemment refusé cette offre. De plus, le sous-al. 215(2)(a)(ii) vise, tant l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence lorsque cette omission se produit dans le cadre d'une relation durable et se prolonge dans le temps, que l'omission d'accomplir un acte précis dans un cas isolé, ce qui porte à croire que la nature de l'omission alléguée par le ministère public aurait aussi une incidence sur l'appréciation des actes de Naglik par le jury. Le critère relatif à la négligence pénale énoncée dans *Gosset* attirera l'attention du juge des faits sur toutes ces considérations.

Quels éléments de l'infraction doivent être objectivement prévisibles? En l'espèce, Naglik a été inculpée en vertu du sous-al. 197(2)(a)(ii) et du par. 197(3) (maintenant le sous-al. 215(2)(a)(ii) et le par. 215(3)) du *Code criminel*, qui font de l'omission de remplir l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction lorsque «l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne». Je conclus donc que le sous-al. 215(2)(a)(ii) frappe d'une sanction un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent. Il ne s'agit pas là de l'une des rares infractions, évoquées dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (rendu simultanément), pour lesquelles la nature d'un acte sous-jacent, illégal en soi, présente un risque si grand qu'il est présumé comporter la prévision objective du risque des conséquences qu'il entraîne, et qui donnent lieu à une infraction distincte. Les circonstances mentionnées au sous-al. (2)(a)(ii) ne sont pas que des conséquences aggravantes, mais

the circumstances, and that the conduct of the accused represented a marked departure from the standard of care required by those circumstances.

As this Court's decisions in *Hundal* and in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, made clear, this objective basis of criminal liability does not, *per se*, violate the *Charter*. That is, there is no principle of fundamental justice requiring subjective foresight for criminal offences. In *Hundal*, Cory J. wrote (at p. 882): "In the appropriate context, negligence can be an acceptable basis of liability which meets the fault requirement of s. 7 of the *Charter*."

However, it remains to be decided whether a conviction under s. 215 carries with it such social stigma and such a severe penalty that a conviction based on penal negligence would violate s. 7 of the *Charter*, under the test developed in *Vaillancourt*. I do not think that it does.

While the conduct proscribed by s. 215(2)(a)(ii) is undoubtedly serious, involving as it does a breach of a parent's duty to his or her child, this is not a situation as existed in the case of constructive murder, under which an accused who had no subjective foresight of the risk of death was nevertheless branded with the stigma attendant on a conviction for murder. While a conviction under s. 215(2)(a)(ii) will no doubt result in the stigmatization, or even, as Naglik submitted, vilification, of the accused, this stigmatization is neither unfairly disproportionate nor unrelated to the culpable conduct of which the accused was found guilty. Where a person is convicted of an offence under s. 215(2)(a)(ii) only, the stigma which attaches to the conviction is only that described by the offence: if an objective standard is accepted, the accused is stigmatized as someone who failed to provide for his or her child in circumstances where the reason-

forment des éléments essentiels de l'*actus reus* de l'infraction. D'où l'obligation du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable à la fois que les circonstances exposées au sous-al. (2)a(ii) étaient objectivement prévisibles dans les circonstances et que la conduite de l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence devant être respectée dans ces circonstances.

Comme l'indiquent clairement nos arrêts *Hundal* et *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, ce fondement objectif de la responsabilité criminelle ne va pas en soi à l'encontre de la *Charte*. C'est-à-dire, il n'existe aucun principe de justice fondamentale qui exige la prévision subjective dans le cas des infractions criminelles. Dans l'arrêt *Hundal*, le juge Cory a écrit (à la p. 882): «Dans un contexte approprié, la négligence peut constituer au regard de l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7 de la *Charte* un fondement acceptable d'une conclusion à la culpabilité.»

Reste toutefois à décider si une déclaration de culpabilité d'une infraction à l'art. 215 entraîne des stigmates tels et une peine à ce point sévère qu'un verdict de culpabilité fondé sur la négligence pénale constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte* suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Vaillancourt*. Je ne le crois pas.

La conduite proscribed au sous-al. 215(2)a(ii) est certes grave étant donné qu'il s'agit du manquement à l'obligation d'un parent envers son enfant, mais ce n'est pas un cas analogue à celui du meurtre par imputation, où un accusé n'ayant eu aucune prévision subjective du risque de mort se voit néanmoins imposer les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Bien qu'une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 215(2)a(ii) attire sans doute sur l'accusé la stigmatisation, voire, comme l'a soutenu Naglik, le déshonneur, cette stigmatisation n'est ni injustement disproportionnée ni dépourvue de lien avec la conduite blâmable dont il a été reconnu coupable. Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction au seul sous-al. 215(2)a(ii), les stigmates rattachés au verdict de culpabilité se limitent à ceux prévus dans l'énoncé de l'infraction, c'est-à-dire que, si l'on retient une norme objective,

ably prudent parent clearly would have so provided.

There is no minimum penalty for this hybrid offence, and a maximum prison term of two years if the Crown proceeds successfully by indictment. The lack of a minimum penalty means that the sentencing judge can tailor the sentence to the circumstances of the particular offence and offender, eliminating the danger of the accused being punished to a degree out of proportion to the level of fault actually found to exist.

The availability of a defence of lawful excuse in s. 215(2) also serves to prevent the punishment of the morally innocent, even where the accused fails to meet the standard of care imposed by the objective test of penal negligence.

Because of my conclusion that no violation of the *Charter* is indicated, it is not necessary to answer the second constitutional question.

Also, because I would order a new trial on the second ground of appeal (relating to the charge to the jury), it is not necessary to examine the trial judge's charge to the jury for conformity to the objective test for penal negligence I have set out above. At Naglik's new trial, the trial judge must charge the jury on this objective basis of liability, with specific reference to Naglik's particular personal capacities and the circumstances of the offence relevant to the charges on which that trial proceeds.

Finally, Naglik also argued that the requirement in s. 215(2) that the accused prove the presence of a lawful excuse for his or her failure to provide necessities violates s. 11(d) of the *Charter*. However, no constitutional question was stated in this respect, so that the provincial attorneys general have not had an opportunity to intervene on this

l'accusé subit les stigmates en tant que personne qui a omis de pourvoir aux besoins de son enfant dans des circonstances où un parent raisonnablement prudent y aurait certainement pourvu.

Aucune peine minimale n'est prévue pour cette infraction mixte mais il y a une peine maximale de deux ans de prison si le ministère public, ayant poursuivi sur acte d'accusation, obtient gain de cause. L'absence de peine minimale permet au juge chargé de la fixation de la peine d'adapter celle-ci aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et à la situation propre au contrevenant. Se trouve ainsi écarté le danger que l'accusé subisse une peine disproportionnée au degré de faute à l'existence duquel on a en fait conclu.

La possibilité qu'offre le par. 215(2) d'invoquer une défense d'excuse légitime sert également à mettre à l'abri de la sanction les personnes moralement innocentes, même dans un cas où l'accusé ne satisfait pas à la norme de diligence imposée par le critère objectif de la négligence pénale.

Vu ma conclusion qu'aucune violation de la *Charte* n'a été commise, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

De plus, puisque je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au deuxième moyen d'appel (concernant les directives au jury), il n'est pas besoin de vérifier si les directives données par le juge du procès au jury sont conformes au critère objectif de la négligence pénale énoncé ci-dessus. Au nouveau procès de Naglik, le juge devra donner au jury des directives sur ce fondement objectif de la responsabilité en mentionnant spécifiquement les capacités personnelles propres à Naglik ainsi que les circonstances de l'infraction qui se rapportent aux accusations sur lesquelles portera le nouveau procès.

Enfin, Naglik a fait valoir en outre que l'exigence qu'impose le par. 215(2) à l'accusé de prouver une excuse légitime pour son omission de fournir les choses nécessaires à l'existence constitue une violation de l'al. 11d) de la *Charte*. Comme toutefois aucune question constitutionnelle n'a été formulée à cet égard, les procureurs généraux des

issue. Furthermore, I would be reluctant to decide the issue in this appeal, as there is no allegation in the record that Naglik in fact had or alleged that she had a lawful excuse other than her lack of subjective awareness. Under the penal negligence standard, this is not a lawful excuse, and as I have discussed above, her youth, experience, education, and the circumstances of the offence will be fully accounted for, in so far as they are determined to be relevant. Accordingly, I express no opinion on the constitutionality of the reverse onus aspect of s. 215(2).

#### VI. Disposition

I would therefore allow Naglik's appeal as of right on the second ground of appeal, set aside the convictions on both counts, and order a new trial on each of these counts.

I would also allow the Attorney General for Ontario's cross-appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does an objective basis of liability for s. 215 of the *Criminal Code* of Canada offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

2. If the answer to question 1 is yes, is an objective basis of liability for s. 215 a reasonable limit on the s. 7 *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*?

A. It is not necessary to answer this question.

The judgment of La Forest, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal raises constitutional issues in the context of a trial where both

provinces n'ont pas eu la possibilité d'intervenir sur ce point. Il s'agit d'ailleurs d'une question que j'hésiterais à trancher dans le cadre du présent pourvoi puisque le dossier ne renferme aucune allégation que Naglik avait en fait, ou prétendait avoir, d'autre excuse que son inconscience subjective. Or, suivant la norme de la négligence pénale, cela n'est pas une excuse légitime et, comme je l'ai indiqué plus haut, sa jeunesse, son degré d'expérience, son degré d'instruction et les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise entreront pleinement en ligne de compte dans la mesure où ces facteurs seront jugés pertinents. Par conséquent, je n'exprime pas d'avis sur la constitutionnalité de l'inversion de la charge de la preuve qu'opère le par. 215(2).

#### VI. Dispositif

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi formé de plein droit par Naglik sur le deuxième moyen, d'annuler les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de chacun de ceux-ci.

Je suis en outre d'avis d'accueillir le pourvoi incident du procureur général de l'Ontario et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 du *Code criminel* du Canada est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 constitue-t-il une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte* conformément à l'article premier de la *Charte*?

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

Version française du jugement des juges La Forest, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Les questions constitutionnelles soulevées par le présent pourvoi se

parents of an infant were charged with bringing about permanent injuries against their own child. In 1987, Christine Naglik (the appellant and respondent on cross-appeal) and her common law husband, Peter Geoffrey Pople, were charged with aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son, Peter. The facts and judgments below are set out by the Chief Justice.

The appeal and cross-appeal raise two constitutional issues. The first is the scope of the right to not testify in a proceeding against oneself as provided for in the *Canada Evidence Act*, and guaranteed under s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, provides:

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

The second constitutional issue, raised by cross-appeal, is the validity of s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, under s. 7 of the *Charter*. Section 215 reads:

215. (1) Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessities of life for a child under the age of sixteen years;

. . . .

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

. . . .

posent dans le contexte d'un procès que subissaient les parents d'un enfant en bas âge pour lui avoir causé des lésions permanentes. En 1987, Christine Naglik (appelante; intimée au pourvoi incident) et son conjoint de fait, Peter Geoffrey Pople, ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter, et également de ne pas lui avoir fourni les choses nécessaires à l'existence. Les faits ainsi que les jugements des juridictions inférieures sont exposés dans les motifs du Juge en chef.

Le pourvoi et le pourvoi incident soulèvent deux questions constitutionnelles. La première concerne la portée du droit de ne pas avoir à témoigner dans le cadre de poursuites dont on fait soi-même l'objet, lequel droit est prévu dans la *Loi sur la preuve au Canada* et garanti à l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, dispose:

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

La seconde question constitutionnelle, soulevée par voie de pourvoi incident, est celle de la validité de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. L'article 215 dispose:

215. (1) Toute personne est légalement tenue:

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

. . . .

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si:

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b):

. . . .

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently;

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

On the first issue, I agree with the Chief Justice.

Sur la première question, je suis d'accord avec le Juge en chef.

On the cross-appeal, I agree with the reasons of the Chief Justice, save for his comments at pp. 142-43 and 145-46, which adopt his view of the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released concurrently. I respectfully disagree with the Chief Justice's conclusion that when considering what the accused "ought to have known" under an objective standard, one should have regard to Ms. Naglik's "youth, experience, [and] education", as advocated by the Chief Justice at p. 146. For the reasons discussed in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (released concurrently), it is my view that in determining what Ms. Naglik "ought to have known", the trier of fact must determine the conduct of the reasonable person when engaging in the particular activity of the accused in the specific circumstances that prevailed. These circumstances do not include the personal characteristics of the accused, short of characteristics which deprived her of the capacity to appreciate the risk. Youth, inexperience, and lack of education were not suggested on the evidence to deprive Ms. Naglik of the capacity to appreciate the risk associated with neglecting her child. Therefore, she must be held to the standard of the reasonably prudent person.

Pour ce qui est du pourvoi incident, je souscris aux motifs du Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses observations aux pp. 142, 143 et 145, 146, où il adopte au sujet du critère objectif en matière de négligence pénale l'opinion qu'il a exprimée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, rendu simultanément. Avec égards, je suis en désaccord avec la conclusion du Juge en chef que, en se penchant sur la question de savoir ce que l'accusée «aurait dû savoir» selon une norme objective, on devrait tenir compte de sa «jeunesse, [de] son degré d'expérience [et de] son degré d'instruction», comme le préconise le Juge en chef, à la p. 146. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (rendu simultanément), j'estime que le juge des faits, lorsqu'il détermine ce qu'«aurait dû savoir» M<sup>me</sup> Naglik, doit établir comment se serait conduite une personne raisonnable se livrant à la même activité que l'accusée dans les mêmes circonstances. Celles-ci ne comprennent pas les caractéristiques personnelles de l'accusée, si ce n'est celles qui ont pu la priver de la capacité d'apprécier le risque. Or, d'après la preuve, M<sup>me</sup> Naglik ne s'est pas trouvée, pour cause de jeunesse, d'inexpérience et de manque d'instruction, dans l'incapacité d'apprécier le risque qu'il y avait à négliger son enfant. Par conséquent, c'est la norme de la personne raisonnablement prudente qui doit s'appliquer dans son cas.

I agree with the Chief Justice that the appeal should be allowed, the convictions set aside on both counts, and a new trial ordered. I would allow the cross-appeal and answer the constitutional questions as does the Chief Justice.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de répondre aux questions constitutionnelles de la même façon que le Juge en chef.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — As my colleagues point out, this appeal raises constitutional issues in the context of a criminal charge laid against Christine Naglik and her common law husband of one count of aggravated assault and a second count of failure to provide necessities of life to their infant son, Peter. Both were found guilty after a trial before judge and jury. The Ontario Court of Appeal allowed Christine Naglik's appeal on the second count and ordered a new trial on that count: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81. Christine Naglik's appeal before us raises two issues and the Attorney General for Ontario, in his cross-appeal, raises the constitutionality of *mens rea* under s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

On that last issue, I agree entirely with Justice McLachlin's reasons more fully set out in her reasons in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, released concurrently, in which I have concurred. Consequently, I would allow the cross-appeal.

On the issues raised by the main appeal, I will first deal briefly with the question of whether counsel for the co-accused was entitled to comment on the failure of the appellant to testify at trial, a question to which the Chief Justice, in his reasons, has briefly alluded without further comment.

That question arises out of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5:

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Comme mes collègues l'indiquent, le présent pourvoi soulève des questions constitutionnelles dans le contexte d'une accusation criminelle déposée contre Christine Naglik et son conjoint de fait, soit un chef d'accusation de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter, et un second chef d'accusation d'avoir manqué à l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Les deux ont été déclarés coupables après un procès devant juge et jury. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de Christine Naglik relativement au second chef d'accusation et ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81. Christine Naglik soulève deux questions dans le pourvoi qu'elle a interjeté devant notre Cour, et le procureur général de l'Ontario, dans son pourvoi incident, soulève la question de la constitutionnalité de l'exigence de la *mens rea* dans le contexte de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En ce qui concerne cette dernière question, je suis entièrement d'accord avec les motifs de Madame le juge McLachlin, qu'elle expose plus en détail dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, rendu simultanément, et auxquels j'ai souscrit. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

En ce qui concerne les questions soulevées dans le pourvoi principal, j'examinerai brièvement tout d'abord la question de savoir si l'avocat du co-accusé avait le droit de commenter le défaut de l'appelante de témoigner au procès, question à laquelle le Juge en chef a brièvement fait allusion dans ses motifs, mais sans autre commentaire.

La question se présente dans le contexte du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5:

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

Since there was no challenge to the constitutionality of s. 4(6) of the Act and given that the majority orders a new trial, I will say only that, in my view, such comment is permitted as part and parcel of the right of an accused to make full answer and defence. Whether one relies on the common law, the *Canada Evidence Act* or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, there exists no rule of law prohibiting such comment. In particular, there is no unfairness if, like here, a *voir dire* is held and the issue is fully aired before the trial judge.

The second issue raised by the appellant concerns one aspect of the judge's charge to the jury, namely his response to the following question from the jury: "Do we have to agree on guilty or not guilty?" The trial judge answered:

Your question is "do we have to agree on guilty or not guilty". Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each count. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other. The 12 of you have to come to a decision one way or the other.

On that point, I share the view of the majority of the Court of Appeal for Ontario that the trial judge's charge to the jury contained no error.

On the basis of this Court's decision in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, and an earlier decision

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Puisque la constitutionnalité du par. 4(6) de la Loi n'a pas été soulevée et que notre Cour, à la majorité, ordonne la tenue d'un nouveau procès, je préciserai seulement que ces commentaires sont, à mon avis, permis comme faisant partie intégrante du droit d'un accusé à une défense pleine et entière. Que l'on se fonde sur la common law, la *Loi sur la preuve au Canada* ou la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'existe aucune règle de droit qui interdise de tels commentaires. Tout particulièrement, il ne saurait y avoir d'injustice si l'on tient un voir-dire, comme en l'espèce, au cours duquel la question est pleinement débattue devant le juge du procès.

La deuxième question soulevée par l'appelante porte sur un aspect de l'exposé au jury, soit la réponse qu'il a donnée à la question suivante formulée par le jury: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès y a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] Vous me demandez: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre.

Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, selon laquelle l'exposé du juge au jury n'était pas erroné.

Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, et sur une décision



of the Ontario Court of Appeal, *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, Galligan J.A., for the majority of the Ontario Court of Appeal, held (at p. 406 O.R.) that it is incumbent upon a trial judge to instruct a jury:

- (1) that the jury must agree unanimously before it can return a verdict, and
- (2) that each juror has the right to disagree.

At the end of his address just prior to the jury retiring to begin their deliberations, the trial judge instructed the jury as follows:

Since this is a criminal trial, you must be unanimous in your verdict. In other words, each and all of you must agree on each verdict that you see fit to return with respect to each accused. It is your right to disagree but I know you will do your best to come to an agreement. This trial has involved considerable time and expense and there have been the lives of people, your lives, the lives of witnesses, have been disrupted and I am certain that no other jury can deal with this matter better than you. [Emphasis added.]

No objection was taken by counsel to this aspect of the charge, and both the majority and the minority of the Court of Appeal were in agreement that these instructions represent an accurate statement of the law. The jury subsequently returned with the following question which I reproduce for ease of convenience: "Do we have to agree on guilty or not guilty?" It is at this point that the alleged error in the charge arose. The trial judge answered as follows:

THE COURT: . . . Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each court. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other.

antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, le juge Galligan, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, a statué (à la p. 406 O.R.) qu'il appartient au juge du procès d'informer le jury:

[TRADUCTION]

- (1) qu'il doit être unanime avant de rendre un verdict, et
- (2) que chaque juré a le droit d'être en désaccord.

À la fin de son exposé, juste avant que le jury ne se retire pour délibérer, le juge du procès lui a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] Puisqu'il s'agit d'un procès criminel, vous devez rendre un verdict unanime. En d'autres termes, chacun d'entre vous doit être d'accord sur chaque verdict que vous jugez bon de rendre à l'égard de chacun des accusés. Vous avez le droit d'être en désaccord, mais je sais que vous ferez de votre mieux pour tomber d'accord. Le procès a pris beaucoup de temps et entraîné des dépenses considérables, et la vie de plusieurs — la vôtre et celle des témoins — a été perturbée. Je suis convaincu qu'aucun autre jury ne pourrait faire mieux que vous. [Je souligne.]

Aucune objection n'a été formulée contre cette partie de l'exposé, et la Cour d'appel, tant les juges formant la majorité que le juge minoritaire, est d'accord pour dire que ces directives représentent un énoncé exact du droit applicable. Le jury est ensuite revenu et a demandé la question suivante, que je reproduis par souci de commodité: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» C'est à ce moment qu'il y aurait eu erreur dans l'exposé. Le juge du procès y a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] LA COUR: [. . .] Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un

The 12 of you have to come to a decision one way or the other. Okay. Any problems?

FOREMAN OF THE JURY: No.

As is evident from the foreman's answer, there is no suggestion that the response to the jury's query failed to satisfy their concerns or that it raised further doubts as to the previous instructions. Again, no objection was taken by counsel to those directions of the trial judge. As this Court has held on previous occasions, it is crucial to have regard to the charge as a whole, and the recharge cannot be read in isolation from the trial judge's earlier instructions. In *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869, an earlier case in which this Court considered a recharge regarding the need for a unanimous verdict, Martland J. held at pp. 878-79:

Another ground of appeal raised on behalf of the appellant is that the recharge of the trial judge on the question of a unanimous verdict could have caused a juror reasonably to conclude that the jury did not have a right to disagree.

In my opinion the trial judge's recharge as to unanimity cannot be said to have that effect. Considered in the context of the events which led up to this recharge, and in light of the trial judge's comments in his initial charge, the re-instruction can be seen as no more than a request that the jury again consider the issue as to whether or not they were unanimous in their verdict in order to ensure that the verdict rendered was a true verdict in accordance with their duty as jurors. The trial judge had already made it clear to the jury, in his initial comments to them, that they had the right to disagree. [Emphasis added.]

Here, the jury was clearly instructed that it was entitled to disagree in the judge's initial instructions, and, as the Court of Appeal rightly held, an appellate court should assume that such instructions are understood.

The question as formulated by the jury shows that the members of the jury were not under any misapprehension about their ability to disagree, but

verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre. D'accord. Avez-vous des problèmes?

PRÉSIDENT DU JURY: Non.

Comme l'indique la réponse du président du jury, rien ne laisse entendre que la réponse à la question ne permettait pas au jury de satisfaire à ses préoccupations ou qu'elle soulevait d'autres doutes relativement aux directives antérieures. De nouveau, aucune objection n'a été formulée relativement à ces directives du juge du procès. Comme notre Cour l'a affirmé à diverses reprises, il est essentiel d'examiner l'ensemble de l'exposé au jury; les nouvelles directives ne peuvent être interprétées séparément des directives initiales du juge du procès. Dans l'arrêt *Laforet c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869, notre Cour a examiné les nouvelles directives données sur la nécessité d'un verdict unanime, et le juge Martland dit aux pp. 878 et 879:

L'appelant a invoqué comme autre moyen d'appel que les nouvelles directives du juge sur la question du verdict unanime auraient pu raisonnablement amener un juré à conclure que le jury n'avait pas le droit d'être en désaccord.

À mon avis, on ne peut dire que les nouvelles directives du juge sur l'unanimité ont eu cet effet. Examinées dans le contexte des événements qui y ont donné lieu, et à la lumière des remarques du juge du procès dans ses directives initiales, les nouvelles directives ne peuvent être considérées comme rien de plus qu'une demande aux jurés d'examiner de nouveau si leur verdict est unanime afin de garantir que le verdict rendu en est un valide en conformité avec leur devoir de jurés. Le juge du procès leur avait déjà clairement expliqué dans ses remarques initiales qu'ils avaient le droit d'être en désaccord. [Je souligne.]

En l'espèce, le jury a clairement été informé, dans les directives initiales du juge du procès, qu'il avait le droit d'être en désaccord, et une cour d'appel devrait, comme la Cour d'appel a eu raison de le faire, présumer que ces directives ont été comprises.

D'après la question telle que formulée par le jury, les jurés savaient qu'ils pouvaient être en désaccord, mais ils n'étaient pas certains s'ils

rather that they were uncertain as to whether or not they needed to be unanimous in reaching a verdict. To that specific interrogation, the trial judge gave a "full, careful and correct response", as this Court has held is appropriate when a question is asked by a jury (*R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 759-60).

As the Court of Appeal concluded, there is no further obligation to provide answers to questions that were not asked. This, in my view, settles this matter.

If, however, there were any doubt, here, as to whether the verdict rendered represented the verdict of each individual juror, it was completely laid to rest by the fact that the jurors were individually polled at the request of counsel for the appellant after the result had been announced by the foreman of the jury.

The charges in this case are very serious and I agree with the majority of the Court of Appeal that the accused had a fair trial and the conviction should stand.

In the result, I would dismiss the principal appeal, allow the cross-appeal and restore the conviction on the second count.

*Appeal and cross-appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant and cross-respondent Naglik: Irwin Koziembrocki, Toronto.*

*Solicitor for the respondent and cross-appellant Her Majesty The Queen: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

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

devaient être unanimes pour rendre un verdict. Relativement à la question spécifique posée, le juge du procès a donné une «réponse soignée et correcte», conformément à ce que notre Cour considère approprié relativement à une question posée par un jury (arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 760).

Comme l'a conclu la Cour d'appel, il n'existe pas d'obligation de répondre à des questions qui n'ont pas été posées. À mon avis, ceci clôt la discussion.

Toutefois, si des doutes pouvaient subsister sur le caractère unanime du verdict, ils ont été dissipés lorsque, à la demande de l'avocat de l'appelante, on a procédé à une vérification individuelle du verdict après que le président eut fait connaître la décision du jury.

Les accusations dans la présente affaire sont très sérieuses et je suis d'accord avec la Cour d'appel, à la majorité, que l'accusée a bénéficié d'un procès équitable et que la déclaration de culpabilité doit être maintenue.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal, d'accueillir le pourvoi incident et de rétablir la déclaration de culpabilité relativement au second chef d'accusation.

*Pourvoi et pourvoi incident accueillis, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelante et de l'intimée au pourvoi incident Naglik: Irwin Koziembrocki, Toronto.*

*Procureur de l'intimée et de l'appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jacques Gauvin and Daniel Grégoire, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin et Daniel Grégoire, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General a  
for Alberta: Paul C. Bourque, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de l'Alberta: Paul C. Bourque, Edmonton.*



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

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



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1993 Vol. 3**

**2<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 3**

**Cited as [1993] 3 S.C.R. 155-326**

**Renvoi [1993] 3 R.C.S. 155-326**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

**Auto Concrete Curb Ltd. v. South Nation River Conservation Authority** ..... 201

Torts — Duty of care — Negligent misrepresentation relied on to detriment of another — Tendering process — Contract awarded on basis of proposal to use certain engineering process — Loss incurred when permits required for process not granted and alternative process adopted by contractor — Specifications drafted by engineering firm not warning of need for permits or of possible difficulty in obtaining them — Whether duty of care to warn of the need for permits.

**Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.** ..... 206

Torts — Negligence — Duty of care — Negligent misrepresentation — Engineering firm designing and stating specifications for road construction project — Construction firm bid based on engineers' work — Construction contract signed with province — Construction delays occurring because of faulty

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

**Auto Concrete Curb Ltd. c. Société d'aménagement de la rivière Nation-Sud**..... 201

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Déclaration inexacte faite par négligence à laquelle une personne s'est fiée à son détriment — Appel d'offres — Adjudication de contrat fondée sur une proposition de recourir à une certaine méthode conçue par des ingénieurs — Perte découlant du refus d'accorder les permis nécessaires pour utiliser cette méthode et de l'adoption d'une autre méthode par l'entrepreneur — Cahier des charges préparé par le cabinet d'ingénieurs ne mentionnant pas la nécessité d'obtenir des permis ni la possibilité qu'ils soient difficiles à obtenir — Y a-t-il une obligation de diligence d'avertir de la nécessité d'obtenir des permis?

**Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.** ..... 206

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Concep-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

design and specifications — Whether respondent engineers owed duty of care to appellant.

### **R. v. E. (A.W.) ..... 155**

Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Jury convicting accused of sexual offence against young boy — Report to Court of Appeal submitted by trial judge on his own initiative indicating that had he been sitting alone he would not have convicted accused — Report taken into account by Court of Appeal in finding verdict unsafe — Whether report should have been considered by Court of Appeal — Whether verdict unsafe — Whether trial judge's charge adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Scope of report — Circumstances in which Court of Appeal should request report from trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

Criminal law — Sexual offence — Young complainant — Credibility — Charge to jury — Trial judge bringing to jury's attention problems they should consider in assessing young complainant's testimony — Accused convicted of sexual offence largely on basis of complainant's testimony — Whether trial judge's instructions to jury adequate — Whether trial judge properly exercised his discretion in excluding comment on the evidence from his charge.

### **R. v. Grant..... 223**

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marijuana — Police conducting perimeter searches of accused's property without a warrant — Narcotic Control Act authorizing warrantless searches of places other than dwelling-houses — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter searches of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter searches — Warrantless perimeter searches violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Search warrant — Validity — Search warrant relating to investigation of offence under Narcotic Control Act issued pursuant to Criminal Code — Whether search warrant valid — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 12.

## SOMMAIRE (Suite)

tion et établissement par un cabinet d'ingénieurs de plans et devis pour un projet de construction de route — Soumission de l'entrepreneur basée sur les travaux des ingénieurs — Contrat de construction signé avec la province — Retards dans la construction dus à des erreurs dans les plans et devis — Les ingénieurs intimés avaient-ils une obligation de diligence envers l'appelante?

### **R. c. E. (A.W.) ..... 155**

Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable par un jury d'avoir commis une infraction d'ordre sexuel contre un jeune garçon — Juge du procès indiquant dans son rapport à la Cour d'appel que, s'il avait siégé seul, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable — Rapport soumis par le juge du procès de sa propre initiative — Cour d'appel tenant compte du rapport pour conclure que le verdict est imprudent — Le rapport aurait-il dû être pris en considération par la Cour d'appel? — Le verdict était-il imprudent? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Portée du rapport — Circonstances dans lesquelles la Cour d'appel devrait demander un rapport au juge du procès — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

Droit criminel — Infraction d'ordre sexuel — Jeune plaignant — Crédibilité — Exposé au jury — Juge du procès attirant l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du jeune plaignant — Accusé déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel principalement sur la foi du témoignage du plaignant — Les directives du juge du procès au jury étaient-elles adéquates? — Le juge du procès a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant de son exposé tout commentaire sur la preuve?

### **R. c. Grant..... 223**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La Loi sur les stupéfiants autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors des perquisitions périphériques — Perquisitions périphériques sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies



## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Harbottle**..... 306

Criminal law — Murder — First degree murder — Death caused while committing enumerated offence — Woman forcibly confined, sexually assaulted, mutilated and strangled — Accused preventing victim from struggling while companion strangled her — Whether or not guilty of first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5), am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)).

### **R. v. Plant**..... 281

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search without a warrant and checking computerized records of electrical utility — Whether warrantless perimeter search or check of computerized electrical records violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting search of perimeter of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

### **R. v. Wiley**..... 263

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search of accused's property without a warrant — Whether warrantless perimeter search violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter search of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

## SOMMAIRE (Suite)

abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Mandat de perquisition se rapportant à une enquête effectuée relativement à une infraction à la Loi sur les stupéfiants, décerné conformément au Code criminel — Le mandat de perquisition était-il valide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 12.

### **R. c. Harbottle**..... 306

Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Mort causée pendant la perpétration d'une infraction énumérée — Femme séquestrée, agressée sexuellement, mutilée et étranglée — L'accusé a empêché la victime de résister pendant que son compagnon l'étranglait — Est-il coupable de meurtre au premier degré? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5), mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 231(5)).

### **R. c. Plant**..... 281

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat et vérification des dossiers informatisés d'un service d'électricité effectuées par la police — La perquisition périphérique sans mandat et la vérification des dossiers informatisés relatifs à la consommation d'électricité violaient-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

### **R. c. Wiley**..... 263

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La perquisition violait-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice

*Suite à la page suivante*

## **SOMMAIRE (Fin)**

— Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**A.W.E.** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. E. (A.W.)

File No.: 22810.

1993: January 29; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Jury convicting accused of sexual offence against young boy — Report to Court of Appeal submitted by trial judge on his own initiative indicating that had he been sitting alone he would not have convicted accused — Report taken into account by Court of Appeal in finding verdict unsafe — Whether report should have been considered by Court of Appeal — Whether verdict unsafe — Whether trial judge's charge adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).*

*Criminal law — Appeal — Procedure — Trial judge's report to Court of Appeal — Scope of report — Circumstances in which Court of Appeal should request report from trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).*

*Criminal law — Sexual offence — Young complainant — Credibility — Charge to jury — Trial judge bringing to jury's attention problems they should consider in assessing young complainant's testimony — Accused convicted of sexual offence largely on basis of complainant's testimony — Whether trial judge's instructions to jury adequate — Whether trial judge properly exercised his discretion in excluding comment on the evidence from his charge.*

The accused was found guilty by a jury of engaging in anal intercourse with his step-son. The complainant was 13 years old at the time of the trial and the only Crown witness on the material points. He was permitted to give sworn testimony after the appropriate inquiry by the trial judge. He testified that, from the age of five, he

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **A.W.E.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. E. (A.W.)

N° du greffe: 22810.

<sup>b</sup> 1993: 29 janvier; 1993: 9 septembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable par un jury d'avoir commis une infraction d'ordre sexuel contre un jeune garçon — Juge du procès indiquant dans son rapport à la Cour d'appel que, s'il avait siégé seul, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable — Rapport soumis par le juge du procès de sa propre initiative — Cour d'appel tenant compte du rapport pour conclure que le verdict est imprudent — Le rapport aurait-il dû être pris en considération par la Cour d'appel? — Le verdict était-il imprudent? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).*

*Droit criminel — Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Portée du rapport — Circonstances dans lesquelles la Cour d'appel devrait demander un rapport au juge du procès — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).*

*Droit criminel — Infraction d'ordre sexuel — Jeune plaignant — Crédibilité — Exposé au jury — Juge du procès attirant l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du jeune plaignant — Accusé déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel principalement sur la foi du témoignage du plaignant — Les directives du juge du procès au jury étaient-elles adéquates? — Le juge du procès a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant de son exposé tout commentaire sur la preuve?*

L'accusé a été déclaré coupable par un jury d'avoir eu des relations sexuelles anales avec son beau-fils. Le plaignant, qui avait 13 ans au moment du procès, était le seul témoin à charge sur les points importants. Celui-ci a été autorisé à témoigner sous serment après que le juge du procès eut effectué la vérification appropriée. Il

was subjected to repeated and violent sexual acts by the accused. The accused testified on his own behalf and denied the allegations. Credibility was the crucial issue and the jury believed the complainant over the accused. He appealed his conviction. The judgment of the Court of Appeal was still reserved, when the trial judge wrote, on his own initiative, a letter to the appeal panel expressing his reservations about the verdict. He indicated that he would not have found the accused guilty on the evidence at trial as he was of the view that such a verdict would have been unsafe. In light of the letter, the court received further submissions from counsel. In its judgment, the court held that it was entitled to factor the letter into its decision-making, as the communication did not amount to reasons, or supplementary reasons, for judgment. The court found that the evidence of the complainant seemed difficult to believe as true, both on the face of the transcripts and in the eyes of the trial judge as conveyed through the trial judge's report, and concluded that the verdict was unsafe and ordered a new trial. The offence of "anal intercourse" did not exist at the time of the commission of the offence, though there was an offence of "buggery". The court held that this defect did not go to the heart of the charge, and gave leave to the Crown to amend the indictment to allege "buggery" instead of "anal intercourse". However, on the chance that some factual, legal or procedural remedy might be open to the accused based on this discrepancy, the court ruled that this was an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial.

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ.: A Court of Appeal should not routinely request a report from a trial judge. Section 682(1) of the *Code* originated at a time when there was seldom a transcript made of the trial proceedings. Transcripts are now routinely available to the Courts of Appeal and it is on the basis of that record that their decisions should be made. It is only in those rare situations where something occurred which is not reflected in the record and upon which opposing counsel cannot agree that a report from a trial judge might be requested. A desire for comments with regard to the demeanour of a witness does not justify a request for a report. The assessment of the

a témoigné avoir été soumis, à partir de cinq ans, à des actes sexuels répétés et violents de la part de l'accusé. Ce dernier a témoigné en son propre nom et a nié les allégations. La crédibilité était la question cruciale et le jury a préféré ajouter foi aux propos du plaignant plutôt qu'à ceux de l'accusé. Ce dernier a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité. Pendant que l'affaire était toujours en délibéré devant la Cour d'appel, le juge du procès a, de sa propre initiative, adressé aux juges de ladite cour une lettre dans laquelle il faisait état de ses réserves sur le verdict. Il a indiqué qu'il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès puisqu'il estimait qu'il aurait été imprudent de prononcer un tel verdict. À la suite de cette lettre, la cour a reçu des observations supplémentaires de la part des avocats. Dans son jugement, la cour a conclu qu'elle avait le droit de tenir compte de la lettre dans son processus décisionnel puisque la communication ne constituait ni des motifs de jugement ni des motifs supplémentaires de jugement. Après avoir statué que le témoignage du plaignant semblait difficile à croire, à la fois à la lecture des transcriptions et aux yeux du juge du procès comme en faisait foi le rapport du juge, la cour a conclu que le verdict du jury était imprudent et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au moment où l'infraction a été commise, l'infraction des «relations sexuelles anales» n'existait pas, quoiqu'il y en avait une de «sodomie». La cour a conclu que ce défaut ne touchait pas au cœur de l'accusation et elle a autorisé le ministère public à modifier l'acte d'accusation pour substituer le crime de «sodomie» à celui de «relations sexuelles anales». Toutefois, au cas où l'accusé pourrait, en raison de cette divergence, disposer de quelque recours fondé sur les faits, le droit ou la procédure, la cour a conclu qu'il s'agissait d'un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci: Le tribunal d'appel ne devrait pas systématiquement demander au juge du procès de lui présenter un rapport. Le paragraphe 682(1) du *Code* a été conçu à une époque où les procédures de première instance faisaient rarement l'objet d'une transcription. Des transcriptions sont désormais systématiquement soumises aux tribunaux d'appel et c'est en fonction de ce dossier qu'ils devraient rendre leurs décisions. Un rapport ne pourrait être demandé que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Le désir d'obtenir des commentaires au sujet du

demeanour of a witness falls within the exclusive domain of the jurors as the triers of the facts. Here, the unsolicited report of the trial judge was not authorized by s. 682(1) and should not have been considered by the Court of Appeal. It pertained exclusively to evidence already in the record of the trial which was before the Court of Appeal.

The verdict of the jury must stand. In light of the evidence presented at trial, it is highly unlikely that the Court of Appeal would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) of the *Code* were it not for the trial judge's comments contained in his report. The jury could have based its verdict upon the testimony of the complainant alone. The medical evidence was also consistent with the sexual abuse described by the complainant. There was thus clear evidence to support the verdict.

Further, the trial judge's charge did not contain any errors that would necessitate a new trial. The trial judge's directions adequately brought to the attention of the jury the problems that they should consider in assessing the testimony of a young complainant. Taken in the context of the entire charge, they provide proper instructions to the jury and there was no duty or need for the trial judge to make other comments upon the evidence. The charge was not only fair but also favourable to the accused. The trial judge's report must not be considered when reviewing the charge. To find misdirection upon reading the charge and the trial judge's report together would be to direct a new trial based upon the very report that should not have been considered.

*Per Lamer C.J. and Major J. (dissenting):* The Court of Appeal erred in finding that the trial judge's report was authorized under s. 682(1) of the *Code*. The section makes no provision for a report of a trial judge as was produced in this case. No request was made by the Court of Appeal for the report and the trial judge's comments pertained exclusively to evidence already in the record of the trial before the Court of Appeal. A report submitted on the trial judge's initiative, which does nothing more than elaborate on the evidence in the record in support of a conviction, is invalid under s. 682(1). In any event, even if the report were valid, the trial judge's comments exceeded the bounds of what properly could be received and relied upon by the Court of Appeal in a s. 682(1) report. Where a trial judge takes

comportement d'un témoin ne justifie pas une demande de rapport. L'appréciation du comportement d'un témoin relève exclusivement des jurés à titre de juges des faits. En l'espèce, le rapport non sollicité du juge du procès n'était pas autorisé par le par. 682(1) et n'aurait pas dû être pris en considération par la Cour d'appel. Il avait trait exclusivement à la preuve déjà versée au dossier du procès dont était saisie la Cour d'appel.

Le verdict du jury doit être maintenu. Il est fort improbable, compte tenu de la preuve présentée au procès, que la Cour d'appel aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)a) du *Code*, n'eussent été les commentaires du juge du procès contenus dans son rapport. Le jury aurait pu fonder son verdict sur le seul témoignage du plaignant. La preuve médicale était également compatible avec le comportement sexuel abusif décrit par le plaignant. Il y avait donc des éléments de preuve manifestes qui justifiaient le verdict.

De plus, l'exposé du juge ne contenait pas d'erreurs qui nécessiteraient la tenue d'un nouveau procès. Les directives du juge du procès attireraient convenablement l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage d'un jeune plaignant. Prises dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, elles constituent des directives appropriées et il n'était ni obligatoire ni nécessaire que le juge du procès fasse d'autres commentaires au sujet de la preuve. L'exposé du juge était non seulement équitable pour l'accusé, mais encore il lui était favorable. Le rapport du juge du procès ne doit pas être pris en considération en examinant l'exposé. Conclure à l'existence de directives erronées, après avoir lu l'exposé conjointement avec le rapport du juge du procès, reviendrait à ordonner un nouveau procès en se fondant sur le rapport même qui n'aurait pas dû être pris en considération.

*Le juge en chef Lamer et le juge Major (dissidents):* La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le rapport du juge du procès était autorisé en vertu du par. 682(1) du *Code*. Ce paragraphe ne prévoit pas de rapport du juge du procès comme celui qui a été produit en l'espèce. La Cour d'appel n'a pas demandé la production de ce rapport et les commentaires du juge du procès portaient exclusivement sur la preuve déjà versée au dossier du procès produit devant la Cour d'appel. Un rapport produit par le juge du procès de sa propre initiative qui ne fait que donner des détails sur la preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité, qui avait été versée au dossier, est invalide en vertu du par. 682(1). Quoi qu'il en soit, même si le rapport était valide, les commentaires du juge du procès ont excédé les limites

issue with the verdict of the jury, such a report cannot be taken into consideration by the Court of Appeal. This would amount to nothing less than inviting the trial judge to enter the appellate arena. In the context of a jury trial, the jury's version of the findings of fact must prevail over that of the trial judge. The comments contemplated within a trial judge's report are comments relating to material issues not apparent on the face of the transcript, such as the demeanour of witnesses, the com-  
 portment of counsel, the behaviour of the jury and the general atmosphere of a trial. A Court of Appeal may, however, request a report on any matter pertaining to a trial which, in its view, requires elaboration. Here, the intent of the trial judge in submitting the report was to express his view that the verdict of the jury was unsafe. The s. 682(1) report was not designed to provide trial judges with an open forum for impugning the findings of the jury and, assuming that the Court of Appeal had requested the trial judge's report, the contents of that report would amount to an improper interference by the trial judge in the appellate process, and should not have been relied upon.

The Court of Appeal erred in ordering a new trial on the ground that the verdict was unsafe. It is highly unlikely that the court would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) of the *Code* were it not for the comments contained in the report. There was evidence in the testimony of the complainant and the other witnesses upon which the jury could have reasonably based a verdict of guilty. A physical examination of the complainant revealed findings consistent with the sexual abuse described by him. Given that the trial judge was satisfied that the complainant was of sufficient maturity to be sworn, and that his testimony was given in detail without significant internal inconsistencies, there was not a sufficient basis apart from the trial judge's report for the Court of Appeal to have found the verdict of the jury unsafe.

The proper forum for a trial judge to express his reservations regarding the credibility of the witnesses in the context of a jury trial is in the charge to the jury. Although the trial judge could not in his remarks to the jury go so far as to assert that he disbelieved the complainant's testimony, or that he believed the testimony of the defence witnesses, he could at least have suggested that, in his view, the jury should proceed cau-

de ce qui pouvait régulièrement être reçu et pris en considération par la Cour d'appel dans un rapport visé par le par. 682(1). Une cour d'appel ne saurait prendre en considération un tel rapport lorsque le juge du procès conteste le verdict du jury. Cela reviendrait à rien de moins qu'inviter le juge du procès à intervenir dans le processus d'appel. Dans le cadre d'un procès devant jury, la version des conclusions de fait du jury doit l'emporter sur celle du juge du procès. Les commentaires que devrait contenir le rapport du juge du procès sont ceux qui portent sur des questions importantes qui ne sont pas apparentes à la lecture de la transcription, comme l'attitude des témoins, le comportement des avocats, la conduite du jury et l'ambiance générale du procès. Toutefois, une cour d'appel peut demander un rapport sur toute question relative à un procès qui, à son avis, mérite d'être expliquée. En l'espèce, le juge du procès voulait, en produisant le rapport, faire part de son avis que le verdict prononcé par le jury était imprudent. Le rapport visé par le par. 682(1) n'est pas conçu pour fournir aux juges du procès une tribune publique pour attaquer les conclusions du jury et, en supposant que la Cour d'appel ait demandé le rapport du juge du procès, le contenu de ce rapport constituerait une ingérence inappropriée du juge du procès dans le processus d'appel, et n'aurait pas dû être pris en considération.

La Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le verdict prononcé était imprudent. Il est fort improbable que, n'eussent été les commentaires figurant dans le rapport, la cour aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)a) du *Code*. Il y avait, dans le témoignage du plaignant et dans ceux des autres témoins, des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement fonder un verdict de culpabilité. Un examen physique du plaignant a donné lieu à des conclusions compatibles avec les abus sexuels qu'il a décrits. Puisque le juge du procès était convaincu que le plaignant avait suffisamment de maturité pour être assermenté, et que son témoignage a été donné en détail, sans incohérences graves, la Cour d'appel ne disposait pas de suffisamment d'éléments, si ce n'est le rapport du juge du procès, pour conclure que le verdict du jury était imprudent.

Dans le contexte d'un procès devant jury, c'est dans son exposé au jury que le juge du procès doit faire part de ses réserves quant à la crédibilité des témoins. Même si, dans son exposé au jury, le juge du procès ne pouvait aller jusqu'à affirmer qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage du plaignant ou qu'il croyait les témoins de la défense, il aurait pu au moins indiquer qu'à son avis le jury devait faire preuve de prudence en appréciant le

tiously in assessing the complainant's testimony. The ability of the jury to arrive at a just verdict is enhanced where such comment is offered, so long as the trial judge emphasizes to the jury that they remain at liberty to disagree with his view. Where, as in this case, the ultimate verdict rests largely on the complainant's credibility, added prudence on the trial judge's part is necessary to ensure that the primacy of the jury as the trier of fact is not compromised. Thus, while the charge to the jury appears sound on its own, when it is read together with the subsequent trial judge's report accepted by the Court of Appeal it is clear that the trial judge misdirected himself in his charge to the jury. This is an error of law which cannot be ignored. This error cannot be cured by application of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Had the trial judge not misdirected himself with respect to the ambit of his charge to the jury, given the centrality of credibility to the verdict, it is not possible to say that a properly instructed jury would necessarily have convicted.

Finally, the Court of Appeal also erred in ordering a new trial on the basis of a difference between the laws at the time of trial and the laws at the time of the offence. The trial judge was correct in accepting the complainant's uncorroborated evidence based on the law in force at the time of trial and there is no factual, legal, or procedural argument triggered by the old offence or by the change of offence which would affect the outcome of a new trial. The Court of Appeal's order granting the Crown leave to amend the indictment should the Crown proceed with a new trial should be affirmed.

*Per Sopinka J. (dissenting):* The trial judge's report was not authorized by s. 682(1) of the *Code*. Such a report should be made only in the circumstances described by Cory J. However, the report's having been made and received discloses an error of law which might have affected the verdict. This cannot be ignored. When considered in the absence of the trial judge's views as to the credibility of the complainant, the trial judge's comments in the charge on the problems that the jury should consider in assessing the complainant's evidence were fair. Nonetheless, but for an error of law, the trial judge would have added a comment with respect to the reliability of this evidence. For the reasons given by Lamer C.J., the trial judge was entitled to make such a comment which would have enured to the benefit of the

témoignage du plaignant. La capacité du jury de rendre un verdict équitable se trouve accrue lorsque de tels commentaires sont faits et dans la mesure où le juge du procès souligne aux jurés qu'ils demeurent libres de rejeter son opinion. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le verdict final dépend dans une large mesure de la crédibilité du plaignant, il faut que le juge du procès redouble de prudence pour assurer que le rôle prééminent du jury à titre de juge des faits ne soit pas compromis. Donc, même si l'exposé au jury semble judicieux en soi, lorsqu'il est lu conjointement avec le rapport subséquent du juge du procès, que la Cour d'appel a accepté, il est évident que le juge du procès s'est trompé dans son exposé au jury. Il s'agit là d'une erreur de droit qui ne saurait être passée sous silence. Cette erreur ne saurait être réparée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Si le juge du procès ne s'était pas trompé sur la portée de son exposé au jury, étant donné l'importance fondamentale de la crédibilité en ce qui concerne le verdict, il n'est pas possible de dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement prononcé une déclaration de culpabilité.

Enfin, la Cour d'appel a également commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en raison d'une différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur à l'époque de la perpétration de l'infraction. Le juge du procès a eu raison d'accepter le témoignage non corroboré du plaignant en se fondant sur le droit en vigueur à l'époque du procès et il n'y a aucun moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction qui influencerait sur l'issue d'un nouveau procès. Il y a lieu de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel autorisant le ministère public à modifier l'acte d'accusation si jamais il décide de tenir un nouveau procès.

*Le juge Sopinka (dissent):* Le rapport du juge du procès n'était pas autorisé par le par. 682(1) du *Code*. Un tel rapport ne devrait être fait que dans les circonstances décrites par le juge Cory. Cependant, le rapport qui a été fait et reçu révèle l'existence d'une erreur de droit qui aurait pu influencer sur le verdict. On ne saurait passer cela sous silence. Compte tenu de l'absence d'une opinion exprimée par le juge du procès quant à la crédibilité du plaignant, les commentaires qu'il fait, dans son exposé, sur les difficultés dont le jury devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant sont justes. Cependant, n'eût été une erreur de droit, le juge du procès aurait ajouté un commentaire sur la fiabilité de ce témoignage. Pour les raisons exposées par le juge en chef Lamer, le juge du procès avait le droit de

accused. Absent the error in law, the verdict would not necessarily have been the same.

faire un tel commentaire qui aurait bénéficié à l'accusé. En l'absence de l'erreur de droit commise, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

### Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30.

By Lamer C.J. (dissenting)

*R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. v. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Chapman* (1958), 29 C.R. 168; *R. v. Pressley* (1948), 7 C.R. 342; *R. v. James* (1945), 83 C.C.C. 369; *R. v. Schragger* (1911), 6 Cr. App. R. 253; *R. v. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176; *R. v. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146; *R. v. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253; *R. v. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301; *Baron v. The King*, [1930] S.C.R. 194; *R. v. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. v. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300; *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, ss. 3, 11, 15.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1020.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 155 [rep. 1987, c. 24, s. 3], 586 [idem, s. 15], 609(1) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 55; am. 1985, c. 19, s. 206].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 159(1) [en. c. 19 (3rd Supp.), s. 3], 682(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203], 686(1)(a)(i), (b)(iii).  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 588(1).  
*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 745.  
*Crown Cases Act* (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 78.

### a Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

*R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. c. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523; *R. c. Chapman* (1958), 29 C.R. 168; *R. c. Pressley* (1948), 7 C.R. 342; *R. c. James* (1945), 83 C.C.C. 369; *R. c. Schragger* (1911), 6 Cr. App. R. 253; *R. c. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176; *R. c. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146; *R. c. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253; *R. c. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301; *Baron c. The King*, [1930] R.C.S. 194; *R. c. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237; *Ungaro c. The King*, [1950] R.C.S. 430; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. c. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300; *Steinberg c. The King*, [1931] R.C.S. 421; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 159(1) [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 3], 682(1) [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 203], 686(1)(a)(i), (b)(iii).  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 588(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1020.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 155 [abr. 1987, ch. 24, art. 3], 586 [idem, art. 15], 609(1) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 55; mod. 1985, ch. 19, art. 206].  
*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 745.  
*Crown Cases Act* (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 78.  
*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, art. 3, 11, 15.



**Authors Cited**

- Del Buono, Vincent M. "The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History" (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446.
- Lagarde, I. *Droit pénal canadien*, 2<sup>e</sup> éd. Wilson & Lafleur, 1974.
- O'Halloran, C. H. "Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 153.
- Popple, A. E. "Magistrate's report to Court of Appeal" (1961), 35 C.R. 56.
- Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1. London: MacMillan & Co., 1883.
- Tremear's Annotated Criminal Code*, 6th ed. By Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell, 1964.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 84 *Alta. L.R.* (2d) 220, 120 A.R. 63, 8 W.A.C. 63, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of having anal intercourse with a young boy, and ordering a new trial. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and Major J.J. dissenting.

*Ken Tjosvold*, for the appellant.

*A. Clayton Rice*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Major J. were delivered by

LAMER C.J. (dissenting) — This case raises two related questions: under what circumstances may comments on the evidence by the trial judge be placed before a Court of Appeal in a trial judge's report under s. 682(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; and how far may a trial judge go in commenting on evidence in his charge to the jury?

**I. Facts**

On February 23, 1990, before a judge and jury, the respondent was found guilty of engaging in anal intercourse with his step-son and sentenced to four years imprisonment. J.E., the complainant,

**Doctrine citée**

- Del Buono, Vincent M. «The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History» (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446.
- <sup>a</sup> Lagarde, I. *Droit pénal canadien*, 2<sup>e</sup> éd. Wilson & Lafleur, 1974.
- O'Halloran, C. H. «Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases» (1949), 27 *R. du B. can.* 153.
- <sup>b</sup> Popple, A. E. «Magistrate's report to Court of Appeal» (1961), 35 C.R. 56.
- Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1. London: MacMillan & Co., 1883.
- <sup>c</sup> *Tremear's Annotated Criminal Code*, 6th ed. By Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell, 1964.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 84 *Alta. L.R.* (2d) 220, 120 A.R. 63, 8 W.A.C. 63, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir eu des relations sexuelles anales avec un jeune garçon, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

*Ken Tjosvold*, pour l'appelante.

<sup>f</sup> *A. Clayton Rice*, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Major rendus par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — La présente affaire soulève deux questions connexes: dans quelles circonstances est-il loisible au juge du procès de soumettre à une cour d'appel ses commentaires sur la preuve, dans le rapport du juge du procès visé au par. 682(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46? Et jusqu'où le juge du procès peut-il aller en commentant la preuve dans son exposé au jury?

**I. Les faits**

Le 23 février 1990, devant un juge et un jury, l'intimé a été déclaré coupable d'avoir eu des relations sexuelles anales avec son beau-fils, et a été condamné à quatre ans de prison. J.E., le plaignant,

was 13 years of age at the time of the trial and kindergarten-aged at the time of the alleged incidents. If his story is true, he lived for a period of some months in a household marked by brutal physical and sexual abuse.

The trial judge conducted an inquiry into J.E.'s understanding of the oath and was satisfied that he could be sworn to testify. J.E. was the only Crown witness on the material points. His sworn testimony was that, from the age of five, he was subjected to repeated and violent sexual acts by his step-father, the respondent. The respondent testified on his own behalf and denied the allegations.

Additionally, J.E. testified that his mother forced him to perform oral sex with her, that his step-brother forced him to perform oral and anal sex with him and that his step-sister coerced him to participate in sexual acts with her. All of these individuals denied such incidents took place. The defence's theory of the case was that J.E. was actually the victim of abuse over this period at the hands of his natural father. J.E. testified that he was not abused by his natural father, whom he saw periodically during this time; his mother, however, testified that he looked nervous and shaken after these visits. The case boiled down to a question of credibility and the jury believed J.E. over the accused.

The respondent's appeal to the Alberta Court of Appeal was argued on February 28, 1991. On June 21, 16 months after the trial, and while the judgment of the Court of Appeal was still reserved, the trial judge wrote a letter to the Chief Justice of the Court of Appeal containing the following comments:

This accused's appeal from conviction, as I understand it, has been argued and is now reserved.

I recall this trial very clearly. Were I sitting alone, I would not have found the accused guilty on the evidence at trial. I was of the view that a verdict of guilty would be an unsafe one and I would have said as much

qui avait 13 ans au moment du procès, était jeune enfant à l'époque où auraient eu lieu les incidents. Si son histoire est véridique, il a vécu pendant quelques mois dans un foyer caractérisé par les agressions physiques et sexuelles brutales.

Après avoir vérifié sa compréhension du serment, le juge du procès a conclu que J.E. pouvait être assermenté pour témoigner. J.E. était le seul témoin à charge sur les points importants. Dans son témoignage sous serment, il a raconté avoir été soumis, à partir de cinq ans à des actes sexuels répétés et violents de la part de son beau-père, l'intimé. L'intimé a témoigné en son propre nom et a nié les allégations.

J.E. a en outre témoigné avoir été forcé par sa mère à avoir des relations bucco-génitales avec elle, avoir été forcé par son demi-frère à avoir des relations sexuelles bucco-génitales et anales avec lui et avoir été contraint par sa demi-sœur à participer à des actes sexuels avec elle. Toutes ces personnes ont nié que de tels événements se soient produits. La théorie de la défense, en l'espèce, était que J.E. a, en fait, été victime d'agressions de la part de son père naturel durant cette période. J.E. a témoigné qu'il n'avait pas été agressé par son père naturel qu'il voyait périodiquement à cette époque; sa mère a toutefois témoigné qu'il semblait nerveux et bouleversé après ces visites. L'affaire se résumait à une question de crédibilité et le jury a préféré ajouter foi aux propos de J.E. plutôt qu'à ceux de l'accusé.

L'appel interjeté par l'intimé devant la Cour d'appel de l'Alberta a été entendu le 28 février 1991. Le 21 juin, soit 16 mois après le procès et pendant que l'affaire était toujours en délibéré devant la Cour d'appel, le juge du procès a adressé au juge en chef de la Cour d'appel une lettre où figuraient les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Si je comprends bien, cet appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité a été entendu et est maintenant en délibéré.

Je me souviens très bien de ce procès. Si j'avais entendu l'affaire seul, je n'aurais pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès. J'estimais qu'il était imprudent de prononcer un verdict de

to the jury if I thought it were proper for me to do so—bearing in mind the jury's function.

There were some improbabilities in the young complainant's testimony which concerned me and this, together with the evidence of the accused and the other defence witnesses, created a reasonable doubt in my mind.

I have been concerned about this case since the verdict, particularly when I sentenced [A.W.E.] for this serious crime. I remain concerned today.

Copies of this letter were forwarded to the Crown prosecutor and to defence counsel. The Court of Appeal asked for further submissions in light of this letter. Further written submissions were received and judgment rendered on November 21, 1991. The Court of Appeal found the verdict of the jury unsafe, quashed the conviction, and gave the Crown leave to proceed with a new trial if it so desired. On April 9, 1992, the Crown was granted leave to appeal to this Court, [1992] 1 S.C.R. x.

## II. Relevant Statutory Provisions

### *Trial Judge's Report*

682. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or provincial court judge who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish it or him with a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

(R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by c. 27 (1st Supp.), s. 203))

### *Buggery and Anal Intercourse*

155. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(R.S.C. 1970, c. C-34 (rep. 1987, c. 24, s. 3))

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable

culpabilité et j'en aurais glissé un mot au jury si j'avais jugé opportun de le faire, eu égard à la fonction du jury.

Il y avait dans le témoignage du jeune plaignant certaines invraisemblances qui m'inquiétaient, ce qui, conjugué au témoignage de l'accusé et à ceux des autres témoins de la défense, a suscité un doute raisonnable dans mon esprit.

J'ai été préoccupé par cette affaire depuis que le verdict a été rendu, tout particulièrement au moment où j'ai prononcé la peine que devait purger [A.W.E.] pour ce crime grave. Je suis encore préoccupé aujourd'hui.

Des copies de cette lettre ont été remises au substitut du procureur général de même qu'à l'avocat de la défense. La Cour d'appel a demandé qu'on lui soumette des observations supplémentaires à la suite de cette lettre. D'autres observations écrites ont été produites et le jugement a été rendu le 21 novembre 1991. La Cour d'appel a conclu que le verdict du jury était imprudent et elle a annulé la déclaration de culpabilité et donné au ministère public l'autorisation de tenir un nouveau procès s'il le désirait. Le 9 avril 1992, le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1992] 1 R.C.S. x.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

### *Le rapport du juge du procès*

682. (1) Lorsque, sous le régime de la présente partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou juge de la cour provinciale qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité avec les règles de cour, fournir à ce tribunal ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

(L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 203))

### *Sodomie et relations sexuelles anales*

155. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

(S.R.C. 1970, ch. C-34 (abr. 1987, ch. 24, art. 3))

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte cri-

to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by c. 19 (3rd Supp.), s. 3))

### III. Judgment Below

*Court of Appeal* (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220 (McClung and Côté J.J.A., and Wachowich J. (*ad hoc*))

The members of the Court of Appeal recognized that credibility was the central issue in this case, and based on the evidence in the record, they expressed having “very serious doubts” about the conviction. These doubts were apparently reinforced by the receipt of the communication from the trial judge expressing his reservations about the jury’s verdict.

Côté J.A. considered the issue of the trial judge’s report, noting that an earlier decision of the Alberta Court of Appeal, *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540, had interpreted s. 682(1) of the *Code* (then s. 609(1)) as constituting an open invitation from the court to the trial judge to make a report wherever circumstances dictate such a step. Côté J.A. held that the Court of Appeal was entitled to factor the letter into its decision-making, as the communication did not amount to supplementary reasons, nor could it be said to amount to “reasons for judgment” (p. 223).

Côté J.A. found that the evidence of the complainant seemed difficult to believe as true, whereas the witnesses who denied the allegations of the complainant seemed credible, both on the face of the transcripts and in the eyes of the trial judge as conveyed through the trial judge’s report. He concluded (at p. 224):

In our view, the only way to do justice here is to say that this verdict is unsafe, order a new trial (should the Crown choose to have one), and say nothing more about

minel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 3))

### III. La juridiction inférieure

*Cour d’appel* (1991), 84 Alta. L.R. (2d) 220 (les juges McClung, Côté et Wachowich (*ad hoc*))

Les juges de la Cour d’appel ont reconnu que la crédibilité était la question centrale dans cette affaire et, en se fondant sur les éléments de preuve figurant au dossier, ils ont affirmé avoir de [TRADUCTION] «très sérieux doutes» sur la déclaration de culpabilité. Ces doutes ont apparemment été renforcés par la réception de la communication dans laquelle le juge du procès faisait état de ses réserves sur le verdict prononcé par le jury.

Le juge Côté a examiné la question du rapport du juge du procès, soulignant que, dans un arrêt antérieur, *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540, la Cour d’appel de l’Alberta avait interprété le par. 682(1) du *Code* (alors le par. 609(1)) comme constituant une invitation générale, faite par la cour au juge du procès, à présenter un rapport chaque fois que les circonstances l’exigent. Le juge Côté a conclu que la Cour d’appel avait le droit de tenir compte de la lettre dans son processus décisionnel, puisque la communication ne constituait pas des motifs supplémentaires et qu’elle ne pouvait être considérée comme des [TRADUCTION] «motifs de jugement» (p. 223).

Le juge Côté a statué que le témoignage du plaignant semblait difficile à croire, tandis que les témoins qui niaient les allégations du plaignant semblaient crédibles, à la fois à la lecture des transcriptions et aux yeux du juge du procès comme en faisait foi le rapport du juge. Il a conclu (à la p. 224):

[TRADUCTION] À notre avis, la seule façon de rendre justice en l’espèce consiste à affirmer que ce verdict est imprudent, à ordonner un nouveau procès (si le minis-

the facts. That way we will not prejudice the course which any new trial might take.

The Court of Appeal also addressed the question of the offence under which the respondent was charged. At the time of the commission of the offence, there was no offence of "anal intercourse", though there was an offence of "buggery". The court held that this defect did not go to the heart of the charge, and that there would be no point in obliging the Crown to prefer a new information and indictment; however, on the chance that some factual, legal or procedural remedy might be open to the respondent based on this discrepancy, the court ruled that a new trial should be ordered. Côté J.A. refers to this finding as "an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial" (p. 225).

#### IV. Analysis

The issue to be decided in this case is whether the Court of Appeal was correct in ordering a new trial either on the basis of the unsafeness of the jury's verdict at trial, or alternately, on the basis of the discrepancy between the laws in force at the time the incidents occurred and the laws in force at the time of trial.

During its deliberations on the question of the unsafeness of the verdict in this case, the Court of Appeal accepted a report from the trial judge pursuant to s. 682(1) of the *Code*. This report cast serious doubt on the finding of guilt by the jury based on the trial judge's opinion on the credibility of the witnesses. What I shall consider below is both whether the trial judge was authorized to furnish a report to the Court of Appeal and whether the Court of Appeal was correct in receiving and relying on the contents of that report. Additionally, in the course of his report, the trial judge indicated that he would have conveyed his opinion in the charge to the jury if it had been proper for him to do so. I shall therefore also consider whether the

tère public le souhaite) et à ne rien ajouter au sujet des faits. De cette façon, nous éviterons de nuire à l'orientation que pourrait prendre tout nouveau procès.

La Cour d'appel a aussi examiné la question de l'infraction dont était accusé l'intimé. Au moment où l'infraction a été commise, l'infraction des «relations sexuelles anales» n'existait pas, quoique celle de «sodomie» existait. La cour a conclu que ce défaut ne touchait pas au cœur de l'accusation et qu'il ne servirait à rien d'obliger le ministère public à présenter une nouvelle dénonciation et un nouvel acte d'accusation; toutefois, la cour a décidé qu'il y avait lieu d'ordonner un nouveau procès au cas où l'intimé pourrait, en raison de cette divergence, disposer de quelque recours fondé sur les faits, le droit ou la procédure. Le juge Côté décrit cette conclusion comme [TRADUCTION] «un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès» (p. 225).

#### IV. Analyse

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la Cour d'appel a eu raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cause du danger que présentait le verdict prononcé par le jury au procès, ou, subsidiairement, à cause de la divergence entre les dispositions législatives en vigueur au moment où les incidents ont eu lieu et celles qui étaient en vigueur au moment du procès.

Au cours de ses délibérations sur la question du danger que présentait le verdict prononcé en l'espèce, la Cour d'appel a accepté un rapport produit par le juge du procès conformément au par. 682(1) du *Code*. Ce rapport suscitait de sérieux doutes sur la déclaration de culpabilité prononcée par le jury, en raison de l'opinion exprimée par le juge du procès sur la crédibilité des témoins. Je vais examiner plus loin à la fois si le juge du procès était autorisé à fournir un rapport à la Cour d'appel, et si la Cour d'appel a eu raison de recevoir le rapport et de se fonder sur son contenu. Dans son rapport, le juge du procès a en outre indiqué qu'il aurait fait part de son opinion dans l'exposé au jury s'il avait été opportun qu'il le fasse. J'examinerai donc si le

trial judge was correct in directing himself not to place his comments on credibility before the jury.

juge du procès a eu raison de s'abstenir de saisir le jury de ses commentaires sur la crédibilité des témoins.

#### A. *The Trial Judge's Report*

#### a A. *Le rapport du juge du procès*

##### 1. The History of the Trial Judge's Report in Canadian Criminal Law

##### 1. Historique du rapport du juge du procès en droit criminel canadien

While trial judge's reports have served an important function in the appellate process in Canada, the proper nature and scope of these reports have rarely been explored. In his annotation "Magistrate's report to Court of Appeal" (1961), 35 C.R. 56, A. E. Popple surveyed the case law considering this provision of the *Code* and aptly concluded that "[i]t is obvious that this report is no ordinary document" (p. 56). In order to determine if the trial judge's report in the present case was properly furnished to the Court of Appeal, it is necessary to better understand the purpose behind these reports. Toward this end, it is useful to briefly review the history of the trial judge's report in the context of the development of criminal appeals in Canada.

b Bien que les rapports des juges du procès aient joué un rôle important dans le processus d'appel au Canada, leur nature et leur portée appropriées ont rarement fait l'objet d'un examen. Dans son commentaire intitulé «Magistrate's report to Court of Appeal» (1961), 35 C.R. 56, A. E. Popple a passé en revue la jurisprudence portant sur cette disposition du *Code* et il a conclu avec justesse qu'[TRANSDUCTION] «[i]l est évident que ce rapport n'est pas un document ordinaire» (p. 56). Pour déterminer si le rapport du juge du procès en l'espèce a été fourni régulièrement à la Cour d'appel, il est nécessaire de mieux comprendre quelle fin soutient ces rapports. Pour ce faire, il est utile de procéder à un bref survol de l'historique du rapport du juge du procès dans le contexte de l'évolution des appels en matière criminelle au Canada.

A report of the trial judge was unknown at common law as there was, until the 19th century, no appeal procedure from the verdicts of criminal trials on findings of fact or law. Criminal trials which resulted in convictions, however, could be reviewed by the mechanism of prerogative writs. The two most common writs employed for this purpose were the writ of *habeas corpus*, which could be used to free a prisoner where an error could be shown on the face of the warrant for committal, and the writ of *certiorari*, which could be used to overturn a conviction where it could be shown that the trial judge lacked jurisdiction. Another important route by which a conviction could be set aside was the writ of error, which, by the 18th century, could be sought as of right where the record of a criminal trial disclosed a mistake in the recording of the indictment, the plea, the verdict, or some other material aspect of the trial: see C. H. O'Halloran, "Development of the Right of

f inconnue en common law puisque, jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les verdicts prononcés à la suite de procès au criminel ne pouvaient pas faire l'objet d'un appel sur des conclusions de fait ou de droit. Toutefois, les procès en matière criminelle qui aboutissaient à des déclarations de culpabilité pouvaient faire l'objet d'un examen grâce aux brefs de prérogative. Les deux brefs auxquels on avait recours le plus fréquemment à cette fin étaient le bref d'*habeas corpus* qui pouvait servir à libérer un prisonnier en cas d'erreur apparente à la lecture du mandat d'incarcération, et le bref de *certiorari* qui pouvait servir à obtenir l'annulation d'une déclaration de culpabilité lorsqu'on pouvait établir que le juge du procès n'avait pas compétence. Un autre moyen important d'obtenir l'annulation d'une déclaration de culpabilité était le bref d'erreur qui, au XVIII<sup>e</sup> siècle, pouvait être sollicité de plein droit lorsque le dossier d'un procès en matière criminelle révélait la présence d'une erreur dans la consignation de l'acte d'accusation, du plaidoyer,

Appeal in England in Criminal Cases" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 153, at pp. 157-58.

The forerunner of our current system of criminal appeals was the practice which gradually evolved in England whereby a guilty verdict in a criminal case could be reviewed by the trial judge reserving a question of law for the consideration of the other judges who convened informally at Serjeant's Inn, of which all the judges were members. If the judges were persuaded by counsel that the accused had been improperly convicted, a pardon was granted. This practice was regularized in 1848 with the enactment of the *Crown Cases Act* (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 78, under which the trial judge gained the statutory discretion to state a question of law and reserve a case to be heard by the Court for Crown Cases Reserved. However, as with the prerogative writs, the stated question of law had to be decided solely on the basis of the record before the Court of Appeal.

Traditionnellement, cependant, aucun dossier officiel n'était tenu concernant la preuve produite au procès ou les directives données par le juge au jury. Comme l'explique sir James Stephen dans l'extrait suivant de l'ouvrage *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, at pp. 308-9, l'absence de tout dossier fiable sur le déroulement du procès constituait un obstacle majeur à l'élaboration d'une procédure d'appel formelle en Angleterre:

As I have already observed the only document connected with a trial necessarily put into writing is the indictment. Upon this the clerk of assize or other officer of the court makes certain memoranda, showing the plea of the prisoner and the verdict of the jury. He also keeps a minute book in court in which he makes a note of the names of the jurors by whom different sets of cases are tried, an abstract of the indictments, and a memorandum of pleas, verdicts, and sentences. This is a mere private memorandum book having no legal authority, and kept merely for the purposes of the officer who keeps it. He is under no obligation to keep it. No form is prescribed

du verdict ou de quelque autre aspect important du procès: voir C. H. O'Halloran, «Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases» (1949), 27 *R. du B. can.* 153, aux pp. 157 et 158.

Le précurseur de notre système actuel d'appels en matière criminelle était la pratique, qui s'est développée progressivement en Angleterre, en vertu de laquelle un verdict de culpabilité dans une affaire criminelle pouvait être examiné par le juge du procès qui mettait de côté une question de droit pour la soumettre à l'appréciation des autres juges qui se réunissaient officieusement au Serjeant's Inn, dont tous les juges étaient membres. Si l'avocat réussissait à convaincre les juges que l'accusé avait été déclaré coupable à tort, l'accusé était gracié. Cette pratique a été régularisée en 1848 avec l'adoption de la *Crown Cases Act* (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 78, qui conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de formuler une question de droit et de mettre de côté une affaire pour la soumettre à la Court for Crown Cases Reserved. Toutefois, à l'instar des brefs de prérogative, la question de droit formulée ne pouvait être tranchée qu'à partir du dossier produit devant la Cour d'appel.

Traditionnellement cependant, aucun dossier officiel n'était tenu concernant la preuve produite au procès ou les directives données par le juge au jury. Comme l'explique sir James Stephen dans l'extrait suivant de l'ouvrage *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, aux pp. 308 et 309, l'absence de tout dossier fiable sur le déroulement du procès constituait un obstacle majeur à l'élaboration d'une procédure d'appel formelle en Angleterre:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà fait remarquer, le seul élément lié à un procès qui est nécessairement couché par écrit est l'acte d'accusation. Sur ce, le greffier ou un autre officier de la cour prend quelques notes qui font état du plaidoyer du prisonnier et du verdict du jury. Il tient en outre un registre à l'audience dans lequel il note le nom des jurés qui entendent les différentes séries d'affaires, résume les actes d'accusation et inscrit les plaidoyers, verdicts et sentences. Il s'agit seulement d'un registre privé qui n'a aucune valeur légale et qui est tenu uniquement pour les fins de l'officier qui le tient. Il n'a aucune obligation de le tenir. Aucune règle

in which it is to be kept, and it never becomes in any way a public record. In all cases, however, except an infinitesimally small number, it is the only record kept of criminal trials, and nothing more meagre, unsatisfactory, and informal can well be conceived.

In submitting proposals to the Criminal Code Commission on the establishment of a statutory regime of criminal appeals in England in the late 19th century, Sir James Stephen advocated instituting a public record of the proceedings at trial. He suggested in this proposal instituting the following practice (at p. 318):

... that the Court of Appeal should have power to call for the judge's notes, and to supply them if they are considered defective by any other evidence which may be available, — a shorthand writer's notes for instance. We consider the statutory recognition of the duty of the judge to take notes as a matter of some importance.

This proposal was adopted under Part LII of Canada's first *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29) which consolidated a patchwork of earlier legislation and practice relating to criminal appeals: see V. M. Del Buono "The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History" (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446. In outlining the evidence that was to be put before a Court of Appeal under this new statutory scheme, s. 745 of the *Criminal Code*, 1892 provided the following:

745. On any appeal or application for a new trial, the court before which the trial was held shall, if it thinks necessary, or if the Court of Appeal so desires, send to the Court of Appeal a copy of the whole or of such part as may be material of the evidence or the notes taken by the judge or presiding justice at the trial. The Court of Appeal may, if only the judge's notes are sent and it considers such notes defective, refer to such other evidence of what took place at the trial as it may think fit. The Court of Appeal may in its discretion send back any case to the court by which it was stated to be amended or restated.

Thus, prior to regular and reliable court reporting, the judge's notes of the trial formed an essen-

n'en prescrit la forme et jamais ce document ne devient de quelque façon un dossier public. Dans tous les cas toutefois, à l'exception d'un nombre infime, il s'agit du seul dossier qui est tenu au sujet des procès en matière criminelle, même s'il est impossible de concevoir document plus pauvre, insatisfaisant et informel que celui-ci.

Dans les propositions qu'ils a présentées, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à la Commission sur le Code criminel au sujet de l'établissement d'un régime légal d'appel en matière criminelle en Angleterre, sir James Stephen a préconisé la création d'un dossier public du déroulement des procédures lors du procès. Il a proposé la pratique suivante (à la p. 318):

[TRADUCTION] ... que la cour d'appel soit habilitée à demander les notes du juge et, advenant que celles-ci soient jugées incomplètes, à les compléter par tout autre élément de preuve disponible, — des notes sténographiées par exemple. Nous considérons la reconnaissance par la loi de l'obligation du juge de prendre des notes comme une question d'une certaine importance.

Cette proposition a été adoptée en 1892 sous le régime de la partie LII du premier *Code criminel* du Canada (S.C. 1892, ch. 29), qui a consolidé un ensemble disparate d'anciennes dispositions législatives et de pratiques relatives aux appels en matière criminelle: voir V. M. Del Buono, «The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History» (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 446. En exposant les éléments de preuve qui devaient être produits devant une cour d'appel en vertu de ce nouveau régime légal, l'art. 745 du *Code criminel*, 1892 prévoyait ceci:

745. Lors de tout appel ou demande d'un nouveau procès, la cour devant laquelle le procès a eu lieu devra, si elle le juge nécessaire ou si la cour d'Appel le désire, envoyer à la cour d'Appel copie de tous les témoignages, ou de toute partie essentielle des témoignages ou des notes prises par le juge ou le juge de paix présidant au procès. La cour d'Appel pourra, si les notes du juge seules sont envoyées et si elle les considère défectueuses, consulter toute autre preuve de ce qui se sera passé au procès qu'elle jugera à propos. La cour d'Appel pourra, à sa discrétion, renvoyer tout cas à la cour qui en aura fait l'exposé pour le faire amender ou le faire de nouveau.

Ainsi, avant l'apparition d'une sténographie judiciaire régulière et fiable, les notes prises par le



tial part of the record before the Court of Appeal. These notes would typically refer to the testimony given by particular witnesses, the central pieces of evidence in the case, and any noteworthy occurrences at trial.

The notes of the trial judge are referred to, however, in the 1927 *Criminal Code* (R.S.C. 1927, c. 36), though with the dimension of the trial judge's "report" added. Section 1020 provided:

**1020.** The judge or magistrate before whom a person has been tried on indictment shall, in the case of appeal under this Part against the conviction or against the sentence, or in the case of an application for leave to appeal under this Part, furnish to the court of appeal, in accordance with rules of court, his notes of the trial; and shall also furnish to the court of appeal in accordance with rules of court, a report giving his opinion upon the case or upon any point arising in the case.

Thus, for the first time, the trial judge was placed under a statutory duty to append a report giving an opinion on the case or any point arising in the case. This amendment to the section entrenched a practice that had, I believe, developed as a result of the growing centrality of the judge's notes. Where such notes were not self-explanatory, or if the trial judge was concerned that something in the notes, or omitted from the notes, could mislead a Court of Appeal, the trial judge might choose to, or be requested to, append an explanation to these notes. It was the informal explanation accompanying the trial judge's notes that most likely evolved into the statutory requirement that trial judges furnish a report to the Court of Appeal.

As accurate transcripts of proceedings became commonly available, the Court of Appeal's need for the judge's notes taken at trial diminished. By the 1950's, the section was amended to remove the statutory duty on the trial judge to provide notes of the trial: S.C. 1953-54, c. 51, s. 588(1). The duty to furnish the Court of Appeal with a report, how-

juge au cours du procès constituaient une partie essentielle du dossier soumis à la cour d'appel. Ces notes portaient habituellement sur les dépositions de certains témoins, sur les éléments essentiels de la preuve soumise et sur tout événement digne de mention survenu au procès.

Les notes du juge du procès sont toutefois mentionnées dans le *Code criminel* de 1927 (S.R.C. 1927, ch. 36), avec cette fois l'ajout de la dimension «rapport» du juge du procès. L'article 1020 se lisait ainsi:

**1020.** Le juge ou le magistrat devant qui une personne a subi son procès sur un acte d'accusation doit fournir à la cour d'appel ses notes du procès conformément aux règles de cour, s'il est interjeté appel du jugement de culpabilité ou de la sentence par application de la présente Partie, ou dans le cas d'une demande d'autorisation d'appel sous l'empire de la présente Partie; et il doit aussi communiquer à la cour d'appel, suivant les règles de cour, un rapport exposant son opinion sur la cause ou sur tout point soulevé au cours du procès.

Ainsi, pour la première fois, le juge du procès était légalement tenu de joindre un rapport exposant une opinion sur l'affaire ou sur tout point soulevé au cours du procès. Cette modification de l'article consacrait une pratique qui, selon moi, avait découlé de l'importance croissante des notes du juge. Lorsque ces notes ne se passaient pas d'explications, ou si le juge du procès craignait que quelque chose contenu dans les notes ou n'y figurant pas n'induisse la cour d'appel en erreur, il pouvait, de son propre chef ou en réponse à une demande en ce sens, joindre une explication à ces notes. C'est cette explication informelle accompagnant les notes du juge du procès qui est très probablement à l'origine de l'obligation légale du juge du procès de fournir un rapport à la cour d'appel.

Au fur et à mesure que des transcriptions fidèles des procédures devinrent généralement disponibles, la nécessité pour la cour d'appel d'obtenir les notes prises par le juge au cours du procès s'est estompée. Dès les années cinquante, cet article a été modifié de façon à supprimer l'obligation légale du juge du procès de fournir des notes concernant le procès; S.C. 1953-1954, ch. 51, par. 588(1). L'obligation de fournir un rapport à la cour

ever, remained in force. The section now read as follows:

**588.** (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or magistrate who presided at the trial shall furnish to the court of appeal, in accordance with rules of court, a report giving his opinion upon the case or upon any matter relating thereto.

Given the increasing reliability of the materials placed before the Court of Appeal, the justification for a report from the trial judge offering his "opinion upon the case" was less clear. This anomaly is concisely expressed in the following passage from *Tremear's Annotated Criminal Code* (6th ed. 1964), at p. 1088:

It is difficult to see the justification for the provision, enabling the trial judge or magistrate to make "a report giving his opinion upon the case or upon any matter relating thereto." Where the evidence has not been taken in shorthand, it is obvious that the judge's notes must be made available on the appeal, but the report here contemplated is additional to the notes of the evidence, or to the official shorthand report of the proceedings. It is not usual in other appeals for the trial judge to furnish an *ex parte* explanation of, or justification for, his decision, and it would seem to be especially objectionable in criminal proceedings, where the liberty of the subject is at stake.

Despite such misgivings, the provision remained unchanged until 1972. In an amendment to the *Criminal Code* in that year (S.C. 1972, c. 13, s. 55), the provision was redrafted in the following manner:

**609.** (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or magistrate who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish to it or him a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

The requirement that the trial judge include his "opinion" in the report was thus removed. Additionally, the amendment specified that the section no longer imposed a statutory duty on trial judges to furnish a report. This reform did not signify that

d'appel a toutefois été maintenue. La disposition se lisait désormais ainsi:

**588.** (1) Lorsque, sous le régime de la présente Partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou magistrat qui a présidé au procès doit fournir à la cour d'appel, en conformité des règles de cour, un rapport donnant son opinion sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant.

Étant donné la fiabilité croissante des documents soumis à la cour d'appel, la justification de la production d'un rapport dans lequel le juge du procès donnait «son opinion sur la cause» était moins évidente. Cette anomalie est décrite sommairement dans l'extrait suivant de *Tremear's Annotated Criminal Code* (6<sup>e</sup> éd. 1964), à la p. 1088:

[TRADUCTION] Il est difficile de trouver la justification de la disposition qui permet au juge ou au magistrat de faire «un rapport donnant son opinion sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant.» Lorsque les témoignages n'ont pas été sténographiés, il est évident que les notes du juge doivent être disponibles lors de l'appel, mais le rapport envisagé ici s'ajoute aux notes sur les témoignages, ou encore au rapport officiel sténographié des procédures. Il est inhabituel dans d'autres appels que le juge du procès fournisse, en l'absence des parties, une explication ou une justification de sa décision, et cela semblerait particulièrement inacceptable dans le cas de procédures criminelles où la liberté de la personne qui en fait l'objet est en jeu.

En dépit de telles appréhensions, la disposition est demeurée inchangée jusqu'en 1972. Dans une modification apportée cette année-là au *Code criminel* (S.C. 1972, ch. 13, art. 55), la disposition a été ainsi reformulée:

**609.** (1) Lorsque, sous le régime de la présente Partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou magistrat qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité des règles de cour, fournir à cette cour ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

L'obligation pour le juge du procès d'inclure son «opinion» dans le rapport était ainsi supprimée. En outre, la modification précisait que l'article n'imposait plus aux juges du procès l'obligation de fournir un rapport. Cette réforme signifiait non pas

the trial judge's report was now regarded as less important, but that the continued burden on judges to file a report whether or not they had any opinion of substance to offer was no longer seen as necessary.

The current provision in force, s. 682(1) of the *Code*, is identical to this last version save for the substitution of "provincial court judge" for "magistrate" (R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 203).

In light of this historical background, I shall now consider whether the Alberta Court of Appeal was correct in its interpretation of s. 682(1) of the *Code* in this case.

2. Was the Trial Judge's Report Authorized under Section 682(1) of the *Code*?

In the present case, according to Côté J.A., the trial judge's report was received "unexpectedly" by the Court of Appeal while the case was under reserve. After considering submissions from the parties on whether the report was valid and should be received under s. 682(1), the Court of Appeal concluded the following: "... we cannot say that there was any impropriety whatever in sending in this report, or that we should shut our minds to such relevant information" (p. 223).

The Court of Appeal held that there was a general invitation to trial judges in Alberta to submit a report on a case where the trial judge felt the circumstances justified such a measure. The court relied on its earlier interpretation of this section in *Bowles, supra*, at pp. 546-47, wherein the following statement regarding the invitation to trial judges was made:

Care must be taken to maintain the distinction between a transcript of those oral reasons for judgment actually delivered at hearing, which must be furnished to the Court of Appeal pursuant to s. 609(2)(c) of the *Code*, and any report on the case by the trial judge pursuant to s. 609(1). The latter are authored by the trial

que le rapport du juge du procès était désormais considéré comme moins important, mais que l'obligation continue des juges de produire un rapport peu importe qu'ils aient ou non une opinion importante à fournir n'était plus considérée nécessaire.

La disposition actuellement en vigueur, le par. 682(1) du *Code*, est identique à la dernière version, sauf qu'on a substitué l'expression «juge de la cour provinciale» au mot «magistrat» (L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 203).

Compte tenu de ce contexte historique, je vais maintenant examiner si la Cour d'appel de l'Alberta a interprété correctement le par. 682(1) du *Code* en l'espèce.

2. Le rapport du juge du procès était-il autorisé en vertu du par. 682(1) du *Code*?

En l'espèce, selon le juge Côté, le rapport du juge du procès a été reçu [TRADUCTION] «inopinément» par la Cour d'appel alors que l'affaire était en délibéré. Après avoir examiné les observations des parties sur la validité du rapport et sur la question de savoir s'il y avait lieu de le recevoir en vertu du par. 682(1), la Cour d'appel a conclu ceci: [TRADUCTION] «... nous ne saurions dire qu'il y a eu quelque irrégularité dans la production de ce rapport, ou que nous devrions nous refuser de tenir compte de renseignements aussi pertinents» (p. 223).

La Cour d'appel a conclu qu'une invitation générale était faite aux juges du procès en Alberta pour qu'ils soumettent un rapport sur une affaire lorsqu'ils estimaient que les circonstances le justifiaient. La cour s'est fondée sur l'interprétation qu'elle avait donnée à cette disposition dans l'arrêt *Bowles*, précité, aux pp. 546 et 547, où figure l'énoncé suivant concernant l'invitation faite aux juges du procès:

[TRADUCTION] Il faut prendre soin de maintenir la distinction entre la transcription des motifs de jugement prononcés oralement à l'audience, qui doit être fournie à la cour d'appel conformément à l'al. 609(2)c) du *Code*, et tout rapport sur l'affaire émanant du juge du procès, conformément au par. 609(1). Ce dernier document est

judge and are not limited to what actually was said at trial; the former are certified by a court reporter to this Court as "a true and faithful transcript of the proceedings taken down by us". Transcripts of oral reasons have been available in Alberta for many years and the resulting practice of this Court has been to refrain from asking for reports under s. 609(1) [now s. 682(1)] except in unusual circumstances. It is fair to say, however, that the practice is that there is a standing invitation from this Court to make a report under s. 609(1) whenever circumstances dictate such a step. Care must be taken not to abuse the process. ... [Emphasis added.]

With respect, I cannot completely agree with this interpretation. By express amendment to this section of the *Code*, a trial judge's report is now authorized only where requested by the Court of Appeal. Parliament has dictated that only the Court of Appeal may decide under what circumstances a trial judge's report is needed. Issuing a general invitation to trial judges to submit reports would be tantamount to restoring the old section. However, if the trial judge wishes to make a comment which relates to material issues not apparent on the face of the transcript, such as observations regarding the behaviour of a juror or the demeanour of a witness, there is no way for a Court of Appeal independently to learn of the existence of the judge's opinion. In these circumstances, it is only logical that a Court of Appeal may issue a standing invitation to the judges of that province to inform it of such relevant information.

The correct view was adopted in *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (Ont. C.A.), where Dubin J.A. (as he then was) held that a report submitted on the trial judge's initiative, which did nothing more than elaborate on the evidence in the record in support of a conviction, was invalid under s. 609(1) (now s. 682(1)). The section seems to me similarly unambiguous in such circumstances.

rédigé par le juge du procès et ne se limite pas à ce qui a été dit au cours du procès; dans le premier cas, il s'agit d'un document qu'un sténographe judiciaire certifie à notre cour comme étant une «transcription exacte et fidèle des procédures que nous avons faite». La transcription des motifs rendus oralement est disponible depuis de nombreuses années en Alberta, d'où la pratique de notre cour de s'abstenir de demander des rapports en vertu du par. 609(1) [maintenant le par. 682(1)] sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il est juste de dire toutefois que la pratique consiste en une invitation permanente de notre cour à produire un rapport en vertu du par. 609(1) chaque fois que les circonstances l'exigent. Il faut prendre soin de ne pas abuser de ce processus. . . [Je souligne.]

En toute déférence, je ne puis souscrire entièrement à cette interprétation. En vertu d'une modification expresse de cette disposition du *Code*, un rapport du juge du procès n'est maintenant autorisé que lorsque la cour d'appel le demande. Le Parlement a exigé que seule la cour d'appel puisse décider dans quelles circonstances un rapport du juge du procès est nécessaire. Lancer une invitation générale aux juges du procès pour qu'ils produisent des rapports reviendrait à rétablir l'ancienne disposition. Cependant, si le juge du procès désire faire un commentaire sur des questions importantes qui ne sont pas apparentes à la lecture de la transcription, comme des observations concernant le comportement d'un juré ou l'attitude d'un témoin, la cour d'appel ne dispose d'aucun moyen d'apprendre par elle-même l'existence de l'opinion du juge. Dans ces circonstances, il est simplement logique qu'une cour d'appel puisse faire une invitation permanente aux juges de cette province pour qu'ils lui fassent part de ces renseignements pertinents.

Le point de vue qui est juste a été adopté dans l'arrêt *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. Ont.), où le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario) a conclu qu'un rapport produit par le juge du procès de sa propre initiative, qui ne faisait que donner des détails sur la preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité, qui avait été versée au dossier, était invalide en vertu du par. 609(1) (maintenant le par. 682(1)). La disposition législative me semble tout aussi claire dans de telles circonstances.

With respect to the report in this case, the trial judge's comments pertained exclusively to evidence already in the record of the trial before the Court of Appeal. Therefore, I find the Court of Appeal erred in finding the report of the learned trial judge authorized under s. 682(1). However, as I shall now briefly discuss, even if the report in this case were so authorized, I am of the view that the trial judge's comments exceeded the bounds of what properly could be received and relied upon by the Court of Appeal in a report under this section.

### 3. Did the Court of Appeal Err in Receiving and Relying upon the Trial Judge's Report?

It is well established that a trial judge, in furnishing the Court of Appeal with a report, must be vigilant to avoid simply expanding upon reasons or rulings previously given or providing reasons where none were given at trial. In such circumstances, a trial judge's report will be held invalid: *R. v. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523 (P.E.I.S.C. *in banco*), at p. 526; *R. v. Chapman* (1958), 29 C.R. 168 (B.C.C.A.), at p. 177; *R. v. Pressley* (1948), 7 C.R. 342 (B.C.C.A.), at pp. 343-44; and *R. v. James* (1945), 83 C.C.C. 369 (B.C.C.A.). However, where a trial judge takes issue with the verdict of the jury, a series of older cases adopted the position that this disapproval, which alone cannot justify the setting aside of a verdict, may be a factor taken into consideration by the Court of Appeal: *R. v. Schragger* (1911), 6 Cr. App. R. 253, at p. 254; *R. v. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176, at p. 178; *R. v. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146 (Ont. C.A.), at pp. 150-51; and *R. v. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253 (Ont. C.A.).

In this case, the Court of Appeal, without expressly referring to this earlier line of cases, justified its reception of the contents of the trial judge's report on the following basis (at p. 223):

The Crown cites authority forbidding a judge appealed from to give supplementary reasons for judg-

En ce qui a trait au rapport en l'espèce, les commentaires du juge du procès portaient exclusivement sur la preuve déjà versée au dossier du procès produit devant la Cour d'appel. Je conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le rapport du juge du procès était autorisé en vertu du par. 682(1). Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer brièvement, même si le rapport avait été autorisé par ce paragraphe en l'espèce, j'estime que les commentaires du juge du procès ont excédé les limites de ce qui pouvait régulièrement être reçu et pris en considération par la Cour d'appel dans un rapport visé par cette disposition.

### 3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en recevant et en prenant en considération le rapport du juge du procès?

Il est bien établi que, lorsqu'il fournit un rapport à la cour d'appel, le juge du procès doit prendre soin de ne pas simplement s'étendre sur les motifs ou les décisions déjà exposés, ou de ne pas donner des motifs qui n'ont pas été exposés au procès. En pareilles circonstances, le rapport du juge du procès sera jugé invalide: *R. c. MacEwen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 523 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*), à la p. 526; *R. c. Chapman* (1958), 29 C.R. 168 (C.A.C.-B.), à la p. 177; *R. c. Pressley* (1948), 7 C.R. 342 (C.A.C.-B.), aux pp. 343 et 344, et *R. c. James* (1945), 83 C.C.C. 369 (C.A.C.-B.). Toutefois, selon une série de décisions plus anciennes, lorsqu'un juge du procès conteste le verdict du jury, cette désapprobation, qui ne saurait justifier à elle seule l'annulation du verdict, peut être prise en considération par la cour d'appel: *R. c. Schragger* (1911), 6 Cr. App. R. 253, à la p. 254; *R. c. Hart* (1914), 10 Cr. App. R. 176, à la p. 178; *R. c. Boyd* (1953), 105 C.C.C. 146 (C.A. Ont.), aux pp. 150 et 151, et *R. c. Gould* (1958), 122 C.C.C. 253 (C.A. Ont.).

En l'espèce, sans mentionner expressément ce courant jurisprudentiel antérieur, la Cour d'appel a justifié sa réception du contenu du rapport du juge du procès par le motif suivant (à la p. 223):

[TRADUCTION] Le ministère public cite des précédents qui interdisent au juge dont la décision est portée en

ment pending appeal. But that is not the situation here. There was a jury. The trial judge did not give reasons for judgment before appeal, nor is this document reasons for judgment. If anything, it is the opposite, for it gives comments tending strongly against the conviction which was entered at trial after the jury's verdict.

This raises the issue of whether the Court of Appeal was correct in suggesting that a trial judge's report can be utilized to undermine the verdict of the jury.

The trial judge remarked in his report that had he been sitting without a jury, he would not have convicted the accused. A similar statement was made by the trial judge in *Gould, supra*. In that case, Roach J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, held that such a report should be taken into consideration. After receiving the trial judge's report, however, Roach J.A. concluded the following (at p. 255):

From the very fact that the jury convicted the accused it is equally clear that they were not as favourably impressed by that evidence as was the learned trial Judge and, unfortunately for the accused, the jury's estimate must prevail over that of the learned trial Judge unless it appears to this Court that in not giving effect to it the jury acted unreasonably.

I agree with the principle that the views of the jury must prevail. Because of the importance of this principle, however, I am unable to agree with the view expressed by the Ontario Court of Appeal in *Gould* that a report containing a trial judge's disapproval of a jury's verdict should be a factor considered by a Court of Appeal. This, in my view, would amount to nothing less than inviting the trial judge to enter the appellate arena.

Of course, the situation is quite different where the contents of a trial judge's report contradict his or her own earlier reasons in a case. In those circumstances, it might well be necessary for the Court of Appeal to take into account such com-

appel d'exposer des motifs de jugement supplémentaires en instance d'appel. Mais telle n'est pas la situation en l'espèce. Il y avait un jury. Le juge du procès n'a pas donné de motifs de jugement avant l'appel, et ce document ne constitue pas non plus des motifs de jugement. C'est plutôt le contraire, puisqu'il contient des commentaires qui militent fortement contre la déclaration de culpabilité qui a été prononcée au procès après le verdict du jury.

Cela soulève la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de laisser entendre que le rapport du juge du procès peut être utilisé pour miner le verdict du jury.

Dans son rapport, le juge du procès a fait observer que s'il avait siégé en l'absence d'un jury, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable. Dans l'arrêt *Gould*, précité, le juge du procès avait fait une affirmation semblable. Dans cette affaire, le juge Roach a conclu, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, qu'il y avait lieu de tenir compte d'un tel rapport. Après avoir reçu le rapport du juge du procès, le juge Roach a toutefois tiré la conclusion suivante (à la p. 255):

[TRADUCTION] Il ressort aussi clairement du fait même que le jury a déclaré l'accusé coupable qu'il n'était pas impressionné aussi favorablement par cette preuve que ne l'était le juge du procès et, malheureusement pour l'accusé, l'appréciation du jury doit l'emporter sur celle du juge du procès, à moins que notre cour n'estime qu'en ne lui donnant pas suite le jury a agi de façon déraisonnable.

Je souscris au principe selon lequel le point de vue du jury doit l'emporter. Toutefois, en raison de l'importance de ce principe, je ne puis être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Gould*, selon laquelle une cour d'appel devrait prendre en considération le rapport dans lequel le juge du procès désapprouve le verdict d'un jury. À mon avis, cela reviendrait à rien de moins qu'inviter le juge du procès à intervenir dans le processus d'appel.

Bien sûr, la situation est très différente lorsque le contenu du rapport du juge du procès contredit les motifs qu'il a déjà prononcés dans une affaire. En pareil cas, il pourrait bien être nécessaire que la cour d'appel tienne compte de ces commentaires

ments in order to determine which version of the trial judge's findings should prevail; see *R. v. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301 (B.C.C.A.). In the context of a jury trial, however, there is no question that the jury's version of the findings of fact prevails over that of the trial judge.

The concern that, by the mechanism of the report, trial judges might influence rather than assist the appeal process has echoed through the case law from the very first attempts to interpret this statutory power. In *Baron v. The King*, [1930] S.C.R. 194, at p. 197, which contained the first pronouncement of this Court on the nature of the trial judge's report, Anglin C.J. stated the following:

S. 1020 provides that, as part of the material to be put before the court of appeal, the trial judge or magistrate shall furnish to the court "his notes of the trial" and shall also send "a report giving his opinion upon the case or upon any point arising in the case" and apparently contemplates this being done immediately after the trial, or at least, so soon as an appeal is lodged. It was never intended by this section to enable the trial judge, after an appeal had been argued, to put before the court of appeal by way of certificate or otherwise, whether *proprio motu* or by direction of the court of appeal, his answer to the various points taken upon the appeal. That, in substance, is what has been done in this case. We cannot regard such a certificate of the trial judge as having been properly given, nor as a report within s. 1020.

The principle that a trial judge should not be permitted by virtue of a report on the case, to insert him or herself in the appellate arena, is articulately set forth in *R. v. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237 (Que. Q.B.), at p. 243, *per* Casey J.:

I cannot believe that this section of the *Code* imposes on a trial Judge the duty or gives him the right to explain or justify, *ex parte*, his decision. I find it difficult to believe that this report which the *Code* appears to intend only for the Court of Appeal, should contain anything more than the trial Judge's views on such things as the incidents of the trial or the credibility of the accused and of the witnesses. It is inconceivable that any Judge should have the right to plead before the Court of Appeal: and yet this is exactly what happens every time

pour établir quelle version des conclusions du juge du procès devrait l'emporter; voir *R. c. Harris* (1953), 105 C.C.C. 301 (C.A.C.-B.). Toutefois, dans le cadre d'un procès devant jury, il ne fait aucun doute que la version des conclusions de fait du jury l'emporte sur celle du juge du procès.

La crainte que les juges du procès puissent, au moyen de ce rapport, influencer plutôt qu'aider le processus d'appel s'est manifestée dans la jurisprudence dès les premières tentatives d'interprétation de ce pouvoir conféré par la loi. Dans l'arrêt *Baron c. The King*, [1930] R.C.S. 194, à la p. 197, où notre Cour s'est prononcée pour la première fois sur la nature du rapport du juge du procès, le juge en chef Anglin affirme ceci:

[TRADUCTION] L'article 1020 prévoit que, parmi les documents qui doivent être produits devant la cour d'appel, le juge du procès ou le magistrat doit fournir à la cour «ses notes du procès» ainsi que communiquer «un rapport exposant son opinion sur la cause ou sur tout point soulevé au cours du procès», et il prévoit apparemment que cela se fera immédiatement après le procès, ou à tout le moins dès qu'un appel sera interjeté. On n'a jamais voulu, par cet article, habiliter le juge du procès, après les débats en appel, à présenter devant la cour d'appel, au moyen d'un certificat ou autrement, que ce soit de sa propre initiative ou sur l'ordre de la cour d'appel, sa réponse aux divers points soulevés au cours de l'appel. C'est essentiellement ce qu'on a fait en l'espèce. Nous ne pouvons considérer qu'un tel certificat du juge du procès a été donné régulièrement, ni qu'il s'agit d'un rapport au sens de l'art. 1020.

Le principe selon lequel le juge du procès ne devrait pas être autorisé, en vertu d'un rapport sur l'affaire, à s'immiscer dans le processus d'appel, est exprimé clairement par le juge Casey dans la décision *R. c. Mathieu*, [1967] 3 C.C.C. 237 (B.R. Qué.), à la p. 243:

[TRADUCTION] Je ne puis croire que cet article du *Code* impose au juge du procès l'obligation ou lui donne le droit d'expliquer ou de justifier sa décision en l'absence des parties au litige. J'ai peine à croire que ce rapport, qui, d'après le *Code*, semble destiné uniquement à la cour d'appel, devrait contenir davantage que l'opinion du juge du procès sur des choses comme les incidents qui se sont produits au cours du procès, ou la crédibilité de l'accusé et des témoins. Il est inconcevable qu'un juge puisse avoir le droit de plaider devant la cour

a trial Judge undertakes to answer the grounds of appeal urged by the person whom he has convicted.

Though restrictions on the scope of a trial judge's report have been common, courts have less frequently commented at length on its proper contents. In *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430, at p. 443, Locke J. (dissenting) acknowledged in the following statement that judges are provided with little guidance in this regard: "It is, I think, unfortunate that the section of the Code does not indicate more clearly the nature of the report to be made." Given the lack of certainty respecting Parliament's intent in enacting this provision, the case law has tended to shy away from clarifying the scope of the trial judge's report. A detailed review of this jurisprudence is found in I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2nd ed. 1974), after which the following instructive guidelines are offered regarding the contents of a trial judge's report (at p. 1661):

[TRANSLATION] After this review of the case law, a judge's report can, it seems, be defined as an explanation of facts which the transcript of the evidence is incapable of disclosing. In other words, this report constitutes the judge's opinion based on what he has seen and noted: behaviour, hesitation and reticence on the part of witnesses, conduct and comprehension of jurors;

I agree with this description of the nature of the comments contemplated within a trial judge's report. However, an appellate court may request a report from a trial judge on any matter pertaining to a trial which, in its view, requires elaboration. This will obviously include comments on a wide range of issues.

I wish to stress that the trial judge's report continues to play a useful role in the appellate process. There are often material elements to a trial that never will find their way into the transcripts or the record before the Court of Appeal. These include, as indicated above, the demeanour of witnesses, the comportment of counsel, the behaviour of the

d'appel: pourtant, c'est exactement ce qui se produit chaque fois qu'un juge du procès entreprend de répondre aux moyens d'appel avancés par la personne qu'il a déclarée coupable.

<sup>a</sup> Même si la portée du rapport du juge du procès a couramment été restreinte, les tribunaux ont moins fréquemment commenté en profondeur le contenu qu'il doit avoir. Dans l'arrêt *Ungaro c. The King*, [1950] R.C.S. 430, à la p. 443, le juge Locke (dissident) a reconnu dans l'énoncé suivant que les juges disposent de peu de lignes directrices en la matière: [TRADUCTION] «Il est malheureux, selon moi, que cet article du Code n'indique pas plus clairement la nature du rapport à produire.» <sup>c</sup> Étant donné le manque de certitude quant à l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté cette disposition, la jurisprudence a eu tendance à hésiter de clarifier la portée du rapport du juge du procès. On <sup>d</sup> trouve, dans l'ouvrage *Droit pénal canadien* (2<sup>e</sup> éd. 1974) de I. Lagarde, un examen détaillé de cette jurisprudence, après quoi les lignes directrices instructives suivantes sont données au sujet <sup>e</sup> du contenu du rapport du juge du procès (à la p. 1661):

Après ce coup d'œil sur la jurisprudence, on peut, semble-t-il, définir le rapport du juge comme l'explication de faits que la transcription de la preuve est incapable de révéler. En d'autres termes, ce rapport constitue l'opinion du juge basée sur ce qu'il a vu et constaté: comportement, hésitations, réticences des témoins, conduite et compréhension des jurés;

<sup>g</sup> Je suis d'accord avec cette description de la nature des commentaires que devrait contenir le rapport du juge du procès. Toutefois, une cour d'appel peut demander à un juge du procès un rapport sur toute question relative à un procès qui, à son avis, mérite d'être expliquée. Ceci comprend manifestement des commentaires sur une vaste gamme de sujets.

<sup>i</sup> Je tiens à souligner que le rapport du juge du procès continue de jouer un rôle utile dans le processus d'appel. Il y a souvent des éléments pertinents à l'égard d'un procès, qui ne sont pas consignés dans les transcriptions ou le dossier soumis <sup>j</sup> à la cour d'appel. Il peut notamment s'agir, comme nous l'avons déjà vu, de l'attitude des témoins, du



jury and the general atmosphere of a trial. Observing and evaluating these aspects of a trial is a skill in which the trial judge will usually have considerable experience and expertise. This experience and expertise provides, in my estimation, a valuable resource from which the Court of Appeal may draw.

In the present case, the intent of the trial judge in submitting the report was to express his view that the verdict of the jury was unsafe. With respect, it cannot have been Parliament's intent in enacting s. 682(1) to provide trial judges with an open forum for impugning the findings of the jury in this fashion.

This Court has, of late, emphasized the increasing trust and respect afforded juries in our criminal system; see *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1309, and *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 523. As McIntyre J. observed in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 845:

There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret.

Therefore, I find that assuming that the Court of Appeal had requested the trial judge's report in the present instance, the contents of that report would amount to an improper interference by the trial judge in the appellate process, and should not have been relied upon.

#### B. *Was the Verdict of the Jury Unsafe?*

I shall now review the findings of the Court of Appeal in light of my conclusion that the trial

comportement des avocats, de la conduite du jury et de l'ambiance générale du procès. Le juge du procès possède habituellement une expérience et une expertise considérables pour ce qui est d'observer et d'évaluer ces aspects d'un procès. Cette combinaison d'expérience et d'expertise constitue, selon moi, une ressource précieuse dans laquelle la cour d'appel peut puiser.

En l'espèce, le juge du procès voulait, en produisant le rapport, faire part de son avis que le verdict prononcé par le jury était imprudent. En toute déférence, il est impossible que le Parlement ait voulu, en adoptant le par. 682(1), fournir aux juges du procès une tribune publique pour attaquer ainsi les conclusions du jury.

Ces derniers temps, notre Cour a souligné la confiance et le respect dont jouit de plus en plus le jury dans notre système de justice criminelle; voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1309, et *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, à la p. 523. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 845:

Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup.

Je conclus donc qu'en supposant que la Cour d'appel ait demandé le rapport du juge du procès en l'espèce, le contenu de ce rapport constituerait une ingérence inappropriée du juge du procès dans le processus d'appel, et n'aurait pas dû être pris en considération.

#### B. *Le verdict prononcé par le jury était-il imprudent?*

J'examinerai maintenant les conclusions de la Cour d'appel en fonction de ma conclusion que le

judge's report was invalid. Even without the report, the Court of Appeal was empowered under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* to find that the verdict in this case was unreasonable or unsupported by the evidence. As this Court held in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, the Court of Appeal, in making such a determination, is obliged to "re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence" (p. 186). Though this applies to findings of credibility, this Court has held that deference should be shown to those findings made at trial; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131.

In the Court of Appeal, Côté J.A. expressed the finding on this question in the following terms (at pp. 223-24):

Only the complainant gave evidence of any crime. (The one other Crown witness was called for a peripheral point.) There are things in the evidence of the complainant which seem to us difficult to accept as true. And there is evidence of innocence by a number of witnesses who sound credible (in the cold print of the transcript). They evidently looked and sounded credible to the trial judge.

In our view, the only way to do justice here is to say that this verdict is unsafe, order a new trial (should the Crown choose to have one), and say nothing more about the facts. That way we will not prejudice the course which any new trial might take.

The key issue to resolve would thus seem to be to what extent did the Court of Appeal rely on the tainted trial judge's report? If no reliance was placed on the report, then the invalidity of the report is no justification for disturbing the finding of the Court of Appeal.

Prior to the arrival of the trial judge's report, Côté J.A. stated that "[a]ll three members of the panel who heard argument felt that the evidence left them with very serious doubts" (p. 222). In my view, however, it is highly unlikely that the Court of Appeal would have concluded that the guilty

rapport du juge du procès était invalide. Même sans le rapport, la Cour d'appel était habilitée, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, à statuer que le verdict en l'espèce était déraisonnable ou qu'il n'était pas appuyé par la preuve. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, pour rendre cette décision, la cour d'appel doit «réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer» (p. 186). Même si cela s'applique aux conclusions relatives à la crédibilité, notre Cour a jugé qu'il y a lieu de faire preuve de retenue envers ces conclusions tirées au procès; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131.

En Cour d'appel, le juge Côté a formulé ainsi la conclusion relative à ce sujet (aux pp. 223 et 224):

[TRADUCTION] Seul le plaignant a témoigné sur la pénétration d'un crime. (Le seul autre témoin à charge a été appelé à témoigner sur un point secondaire.) Il y a, dans le témoignage du plaignant, des éléments qui nous semblent difficiles à croire. Et il y a la preuve d'innocence établie par un certain nombre de témoins qui semblent crédibles (à la simple lecture de la transcription). Ils ont manifestement paru et semblé crédibles au juge du procès.

À notre avis, la seule façon de rendre justice en l'espèce consiste à affirmer que ce verdict est imprudent, à ordonner un nouveau procès (si le ministère public le souhaite) et à ne rien ajouter au sujet des faits. De cette façon, nous éviterons de nuire à l'orientation que pourrait prendre tout nouveau procès.

La question essentielle à résoudre semblerait donc être la suivante: dans quelle mesure la Cour d'appel s'est-elle fondée sur le rapport vicié du juge du procès? Si elle ne s'est pas fondée sur ce rapport, alors l'invalidité du rapport ne justifie pas de toucher à la conclusion de la Cour d'appel.

Avant la réception du rapport du juge du procès, le juge Côté a déclaré que [TRADUCTION] «[t]ous les trois membres de la formation qui ont entendu les plaidoiries estimaient que la preuve suscitaient chez eux de très sérieux doutes» (p. 222). À mon avis, toutefois, il est fort improbable que, n'eussent

verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) were it not for the comments contained in the report.

There was certainly evidence in the testimony of the complainant and the other witnesses upon which the jury could have reasonably based a verdict of guilty. A physical examination of the complainant, accepted by the trial judge, revealed findings consistent with the sexual abuse described by him. Moreover, as this Court has indicated in *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 54, the testimony of children should not be evaluated by adult standards. Rather, a flexible "common sense" approach to such testimony should be employed. Given that the trial judge was satisfied that J.E. was of sufficient maturity to be sworn, and that his testimony was given in detail without significant internal inconsistencies over the course of more than two hours of testimony, there was not, in my opinion, a sufficient basis apart from the trial judge's report for the Court of Appeal to have found the verdict of the jury unsafe. Therefore, I find the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this ground.

### C. *The Trial Judge's Charge to the Jury*

Although I have concluded that the comments of the trial judge in this case were improperly placed before and relied upon by the Court of Appeal, this is not to suggest that there was no opportunity for the trial judge's to convey his reservations regarding the credibility of the witnesses. The proper forum for a trial judge to express such comments in the context of a jury trial is in the charge to the jury.

It is evident from the trial judge's report submitted to the Court of Appeal that the trial judge directed himself to exclude any comment on the evidence from his charge to the jury. In his report, the trial judge stated:

I recall this trial very clearly. Were I sitting alone, I would not have found the accused guilty on the evidence at trial. I was of the view that a verdict of guilty would be an unsafe one and I would have said as much

été les commentaires figurant dans le rapport, la Cour d'appel aurait conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)(a).

Il y avait certainement, dans le témoignage du plaignant et dans ceux des autres témoins, des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement fonder un verdict de culpabilité. Un examen physique du plaignant, accepté par le juge du procès, a donné lieu à des conclusions compatibles avec les abus sexuels qu'il a décrits. En outre, comme notre Cour l'a indiqué dans les arrêts *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 54, les témoignages d'enfants ne devraient pas être évalués selon les normes applicables aux adultes. Il y a plutôt lieu d'adopter une position souple «fondée sur le bon sens». Puisque le juge du procès était convaincu que J.E. avait suffisamment de maturité pour être assermenté, et que son témoignage a été donné en détail, sans incohérences graves, pendant plus de deux heures, la Cour d'appel ne disposait pas de suffisamment d'éléments, si ce n'est le rapport du juge du procès, pour conclure que le verdict du jury était imprudent. Je conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour ce motif.

### C. *L'exposé du juge du procès au jury*

Même si j'ai conclu que c'est à tort, en l'espèce, que les commentaires du juge du procès ont été soumis à la Cour d'appel et que celle-ci les a pris en considération, cela ne laisse pas entendre que le juge du procès n'a pas eu l'occasion de faire part de ses réserves quant à la crédibilité des témoins. C'est dans l'exposé au jury qu'il convient qu'un juge du procès formule de tels commentaires dans le contexte d'un procès devant jury.

Il ressort clairement du rapport présenté par le juge du procès à la Cour d'appel que celui-ci s'est abstenu de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury. Dans son rapport, le juge du procès affirme:

[TRADUCTION] Je me souviens très bien de ce procès. Si j'avais entendu l'affaire seul, je n'aurais pas déclaré l'accusé coupable d'après la preuve produite au procès. J'estimais qu'il était imprudent de prononcer un verdict

to the jury if I thought it were proper for me to do so — bearing in mind the jury's function.

There were some improbabilities in the young complainant's testimony which concerned me and this, together with the evidence of the accused and the other defence witnesses, created a reasonable doubt in my mind.

Was the trial judge correct in excluding from the jury any comment on the evidence? The role of the trial judge in the charge to the jury is to assist it in its deliberations, but that assistance must fall short of supplanting the trial judge's view of the facts or the evidence for that of the jury. There is no evidence in this case that the trial judge was unmindful of the supporting nature of his role in the jury's fact-finding process. As the following passage from his charge indicates, the trial judge emphasized to the jury that they were the trier of fact:

... I may express some opinions on evidence, some opinions on witnesses. When I do that, I interfere in your area, but I only do it to assist you, and you disregard my remarks if you don't accept them. ... That's your job. That's your province.

You are the sole judges of the facts.

Although the scope of the trial judge's discretion to comment on evidence during a charge to the jury has never been precisely delineated, the case law does provide some guidance as to what a trial judge may and may not include in his or her charge. For example, in *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20, at p. 26, the Ontario Court of Appeal held, *per curiam*, that the trial judge had not erred in casting doubt on the credibility of the accused by posing, in his charge to the jury, a series of rhetorical questions designed to suggest a doubt to the jury regarding the accused's testimony. The court in that case elaborated the proper factors to consider in determining whether the trial judge had exceeded his or her discretion to offer a comment on the evidence in the charge to the jury:

de culpabilité et j'en aurais glissé un mot au jury si j'avais jugé opportun de le faire, eu égard à la fonction du jury.

<sup>a</sup> Il y avait dans le témoignage du jeune plaignant certaines invraisemblances qui m'inquiétaient, ce qui, conjugué au témoignage de l'accusé et à ceux des autres témoins de la défense, a suscité un doute raisonnable dans mon esprit.

<sup>b</sup> Le juge du procès a-t-il eu raison de ne pas faire au jury des commentaires sur la preuve? Dans son exposé au jury, le juge du procès a pour rôle d'assister le jury dans ses délibérations, mais cette assistance ne doit pas aller jusqu'à substituer sa propre opinion sur les faits ou la preuve à celle du jury. Rien ne prouve dans cette affaire que le juge du procès ne s'est pas soucié du concours qu'il a pour rôle d'apporter dans le processus de constatation des faits par le jury. Comme l'indique l'exposé qu'il a fait au jury, le juge du procès a souligné aux jurés qu'ils étaient juges des faits:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] ... je puis exprimer des opinions sur la preuve ou sur les témoins. Lorsque je le fais, je m'immisce dans votre domaine, mais je ne le fais que pour vous aider, et vous ignorez mes remarques si vous n'êtes pas d'accord avec elles [...] C'est votre tâche. C'est votre domaine.

<sup>d</sup> Vous êtes les seuls juges des faits.

<sup>e</sup> Bien que l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury n'ait jamais été délimitée avec précision, la jurisprudence donne quelques indications sur ce que l'exposé du juge du procès au jury peut contenir ou non. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20, à la p. 26, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé collectivement que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en jetant un doute sur la crédibilité de l'accusé par la formulation, dans son exposé au jury, d'une série de questions rhétoriques destinées à laisser planer un doute dans l'esprit des jurés quant au témoignage de l'accusé. Dans cette affaire, la cour a énoncé les facteurs dont il convient de tenir compte pour déterminer si le juge du procès a excédé son pouvoir discrétionnaire de commenter la preuve dans l'exposé au jury:

While it might have been preferable for the trial judge to have avoided the rhetorical form of his comment, we cannot find that he transgressed upon his privilege. He made it abundantly clear throughout the charge that the jury were the judges of fact and should ignore his comments if they disagreed with him. It was a long and difficult trial and the trial judge was under an obligation to assist the jury in marshalling the evidence. Moreover, the comment appears to be warranted on the evidence and did not, in our opinion, deprive the accused of a fair presentation of his case. This court has held that we should not lightly interfere with the discretion of the trial judge to make fair comments on the evidence and the credibility of witnesses: *R. v. Newell*, [1941] O.W.N. 465, 77 C.C.C. 81 at 85-87, [1942] 1 D.L.R. 747 (C.A.).

When then does a trial judge exceed the discretion to offer a comment on the evidence to the jury? In *R. v. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300, the British Columbia Court of Appeal set aside a conviction on the grounds of an error by the trial judge in including comments on the credibility of a witness in his charge to the jury. The facts of that case are similar to the facts before us in the present appeal. The accused was alleged to have sexually assaulted the child of the woman with whom he was living. Credibility was, as it is here, the main factor in determining innocence or guilt of the accused. The jury had to choose between believing the evidence of the complainant (who was 13 at the time of trial and 11 at the time of the alleged incidents) and the evidence of the accused who had denied the allegations. In his charge, the trial judge offered the following comment on the complainant's testimony (at p. 324):

I must say with regard to the evidence of A, I was impressed with her demeanour as a witness and the manner in which she presented her evidence, and with her testimony, which I believed. That is my opinion, but as I have told you, it is for you to assess the evidence. You may reject my opinion, since the question of credibility is for you to decide.

The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge in the above passage had gone

[TRADUCTION] Même s'il aurait pu être préférable que le juge du procès évite de faire ses commentaires sous une forme rhétorique, nous ne pouvons conclure qu'il a abusé de son privilège. Il a amplement et clairement indiqué, dans son exposé, que les jurés étaient juges des faits et qu'ils devaient ignorer ses commentaires s'ils n'étaient pas d'accord avec lui. Le procès a été long et ardu et le juge du procès était tenu d'aider le jury à rassembler les éléments de preuve. De plus, les commentaires semblent justifiés d'après la preuve et, à notre avis, ils n'ont pas privé l'accusé d'une présentation équitable de sa preuve. Notre cour a décidé que nous ne devrions pas empiéter à la légère sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires équitables sur la preuve et sur la crédibilité de témoins: *R. c. Newell*, [1941] O.W.N. 465, 77 C.C.C. 81, aux pp. 85 à 87, [1942] 1 D.L.R. 747 (C.A.).

Mais alors quand le juge du procès excède-t-il le pouvoir discrétionnaire de faire au jury des commentaires sur la preuve? Dans l'affaire *R. c. R. (D.J.)* (1991), 7 C.R. (4th) 300, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé une déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en faisant des commentaires sur la crédibilité d'un témoin dans son exposé au jury. Les faits étaient similaires à ceux du présent pourvoi. On alléguait que l'accusé avait agressé sexuellement l'enfant de la femme avec qui il vivait. Comme en l'espèce, la crédibilité était le principal facteur à considérer pour déterminer l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Le jury devait choisir entre ajouter foi au témoignage de la plaignante (qui était âgée de 13 ans à l'époque du procès et de 11 ans au moment où les incidents se seraient produits) et ajouter foi à celui de l'accusé, qui avait nié les allégations en cause. Dans son exposé au jury, le juge du procès a fait les commentaires suivants sur le témoignage de la plaignante (à la p. 324):

[TRADUCTION] Quant au témoignage de A, je dois dire que j'ai été impressionné par son comportement comme témoin, par sa façon de présenter sa preuve et aussi par sa déposition à laquelle j'ajoute foi. C'est mon opinion, mais comme je vous l'ai dit, il vous appartient d'apprécier la preuve. Vous pouvez rejeter mon point de vue car il vous incombe de trancher la question de la crédibilité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès était allé trop loin

too far and prejudiced the fairness of the trial. A new trial was ordered on the basis of that misdirection.

I agree that a trial judge must avoid expressing a view indicating that he or she either believes or disbelieves a particular witness. Though such a comment may be motivated by a desire to assist a jury, and notwithstanding the emphasis to the jury that they could disregard the opinion of the trial judge, it is fatal to the fairness of a trial for a trial judge to offer the jury a conclusion on evidence from which a finding of guilt or innocence would logically follow.

This raises a concern in my mind. After hearing all the evidence in this case, the trial judge genuinely believed a conviction to be unsafe. He could certainly not express this conclusion to the jury in his charge and still ensure the fairness of the trial. Prior to this Court's decision in *Mezzo, supra*, there was authority indicating that a trial judge who believed a conviction to be unsafe could direct the jury to enter a verdict of acquittal. However, the majority of this Court held in *Mezzo* that so long as there is any evidence upon which a jury may reasonably convict, the trial judge cannot exercise his or her discretion to direct such a verdict, irrespective of the judge's conclusion respecting the safety of a conviction in the circumstances of the case. It is thus understandable that the trial judge would wish to include his views in an *ex post facto* report to the Court of Appeal. After considering s. 682(1) of the *Code*, however, I have found that Parliament did not intend for the trial judge to intervene in the appellate process in such a fashion. Therefore, the trial judge is left with no forum for expressing his or her conclusion on the evidence or on the safety of a conviction. I find this result troubling.

However, while the trial judge was constrained in what he could convey to the jury in his charge, it was at least open to him during the course of his

dans le passage précité et qu'il avait nui à l'équité du procès. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée en raison de cette directive erronée.

Je conviens que le juge du procès doit s'abstenir d'émettre une opinion indiquant qu'il croit ou ne croit pas un témoin donné. Bien qu'un tel commentaire puisse être motivé par la volonté d'aider le jury et malgré que l'on ait souligné aux jurés qu'ils pouvaient ignorer l'opinion du juge du procès, le juge qui présente au jury une conclusion relative à la preuve dont pourrait découler logiquement une déclaration de culpabilité ou d'innocence porte un coup fatal à l'équité du procès.

Cela me laisse soucieux. Après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le juge du procès a cru sincèrement qu'il serait imprudent de prononcer un verdict de culpabilité. Il ne pouvait certainement pas faire part de cette conclusion dans son exposé au jury et garantir en même temps l'équité du procès. Avant l'arrêt de notre Cour *Mezzo*, précité, des précédents indiquaient que le juge du procès qui croyait qu'il serait imprudent de prononcer un verdict de culpabilité pouvait donner comme directive au jury de rendre un verdict d'acquiescement. Cependant, notre Cour à la majorité a décidé dans l'arrêt *Mezzo* que, dans la mesure où il y a des éléments de preuve sur lesquels le jury peut raisonnablement fonder un verdict de culpabilité, le juge du procès ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire de donner comme directive de prononcer un tel verdict, indépendamment de sa conclusion sur le danger que peut présenter une déclaration de culpabilité dans les circonstances de l'affaire. Il est donc compréhensible que le juge du procès ait voulu exprimer son point de vue dans un rapport présenté par la suite à la Cour d'appel. Toutefois, après avoir examiné le par. 682(1) du *Code*, j'ai conclu que le Parlement n'a pas voulu que le juge du procès intervienne ainsi dans le processus d'appel. Par conséquent, le juge du procès n'est plus en mesure de faire part de ses conclusions sur la preuve ou sur le danger que peut présenter une déclaration de culpabilité. Voilà qui est troublant.

Toutefois, même si le juge du procès était assujéti à certaines restrictions quant à ce qu'il pouvait transmettre au jury dans son exposé, il aurait au

remarks to the jury to have indicated that, in his view, the jury should proceed cautiously in assessing the evidence of the complainant. In order to determine if the trial judge properly exercised this discretion to comment on the evidence to the jury, it is helpful at this juncture to examine the portion of the trial judge's charge pertaining to the testimony of J.E.:

Now, [J.E.]'s evidence is that of a 13-year-old boy. Now, you are not inexperienced with life. You have dealt with children. You have dealt with adults. Don't leave your common sense at home when you are assessing this child's evidence. You are called because of your collective wisdom and experience in dealing with people and assessing facts. Use that in deciding who you are going to believe in this case, what you are going to do with the evidence, and how you are going to weigh it.

Now, I questioned [J.E.], as you saw, before he took the oath. I asked him some questions about whether or not he understood the nature of an oath and whether or not he was able to communicate answers to questions on a fairly intelligent basis. You saw him answer the questions. You saw him deal with them. You also saw him answer and heard him answer questions from both counsel for quite a period of time.

Now, he is a 13-year-old boy, and he has had not a nice life. You can't punish the accused because he hasn't had a good life, unless you are satisfied it was the accused who perpetrated the acts of anal intercourse alleged by [J.E.]. You can't punish the accused because you have sympathy for the child, nor can you acquit the accused because you just feel sorry for him. You have got to deal with the evidence honestly.

Now, a 13-year-old boy is giving evidence of what happened when he was five and a half and just about the time of his sixth birthday. Now, when you are dealing with a child, I don't — I'm going to just point this out to you. In assessing his evidence, I want you to consider the questions and answers that I dealt with in deciding whether or not he should take the oath and be sworn; take into account he was 13 years of age when he gave evidence; take into account when he was five and almost six and six when the incidents occurred.

I noticed you watching him carefully at all times. He is talking about events which occurred when he was

moins pu indiquer qu'à son avis le jury devait faire preuve de prudence en appréciant le témoignage du plaignant. Pour décider si le juge du procès a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire de faire au jury des commentaires sur la preuve, il est utile, à ce stade, d'examiner le passage de l'exposé qui a trait au témoignage de J.E.:

[TRADUCTION] Le témoignage de [J.E.] est celui d'un garçon de 13 ans. Vous avez l'expérience de la vie. Vous avez déjà traité avec des enfants. Vous avez déjà traité avec des adultes. Usez de votre bon sens au moment d'apprécier le témoignage de cet enfant. Vous êtes ici en raison de votre sagesse et de votre expérience collectives pour ce qui est de traiter avec des gens et d'évaluer des faits. Servez-vous en pour décider qui croire en l'espèce, ce que vous allez faire avec la preuve et quel poids vous allez lui accorder.

Vous l'avez vu, j'ai interrogé [J.E.] avant qu'il prête serment. Je lui ai posé quelques questions pour savoir s'il comprenait la nature du serment et s'il était en mesure de répondre de façon vraiment intelligente aux questions posées. Vous l'avez vu répondre. Vous avez vu comment il se comportait lorsqu'il était interrogé. Vous l'avez également vu et entendu répondre aux questions posées par les deux avocats pendant une période de temps assez longue.

Il s'agit d'un garçon de 13 ans qui n'a pas eu la vie facile. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que ce garçon n'a pas eu la vie facile, à moins d'être convaincus que l'accusé a eu les relations sexuelles anales que dénonce [J.E.]. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que vous avez de la sympathie pour l'enfant pas plus que vous ne pouvez l'acquitter parce qu'il vous fait pitié. Il vous faut examiner la preuve honnêtement.

Un garçon de 13 ans témoigne sur des événements survenus au moment où il avait cinq ans et demi et à peu près à l'époque de son sixième anniversaire de naissance. Lorsque vous avez affaire à un enfant, je ne — je vais seulement vous dire ceci. En appréciant son témoignage, je veux que vous teniez compte des questions que j'ai posées au plaignant et des réponses que j'ai obtenues lorsque j'ai eu à décider s'il fallait lui faire prêter serment. Tenez compte du fait qu'il était âgé de 13 ans lorsqu'il a témoigné; tenez compte du fait qu'il était âgé de cinq ans et de presque six ans, et de six ans, lorsque les incidents sont survenus.

J'ai remarqué que vous l'aviez en tout temps observé attentivement. Il a relaté des événements qui se sont pro-

five, and there are frailties or sometimes difficulties with the child's evidence because of his mental immaturity. There are four reasons I consider, and you may consider. You don't have to, because as I say, this is in your area, and I am relying on your experience dealing with people, and you are not relying on mine, nor is the accused.

There are four areas of concern: his capacity to observe things at five years old and to tell you about them at 13; his capacity to recollect things when he was five, and his capacity to tell you about them when he is 13 and to recollect them and bring them back; his ability to understand the questions that were put to him and to frame and give intelligent answers; and fourthly, his moral responsibility as a child of 13 talking about events which occurred when he was five. Those are points you may wish to consider when you assess his evidence.

Again, you may wish to consider, as put by Miss Hamilton and the Crown, what is the motive for him blaming [A.W.E.]? I think it's something you have to consider is why he didn't reveal [A.W.E.]'s name initially, and a few days later he did reveal [A.W.E.]'s name. That's in 1985, long after the event. At that time [A.W.E.] was not with [J.E.]. That was the period of separation time when the child was in Armstrong, B.C., living away from [A.W.E.].

Now, the evidence of [J.E.] is specific and very specific about these two incidents. He also is very specific about some other incidents relating to the fire, relating to the camper, relating to the broken leg, relating to the cut on his nose by his mother with a large knife, in relation to kicking the football and hitting somebody in the face with it — or soccer ball.

Those incidents were also referred to in some areas by other witnesses, and there was a difference, perhaps, in the way each one of them saw the incident, and perhaps, for example, the incident as described by [J.E.] of the broken leg may be considered by you as how he recollected things happening in those times as compared to the incident as explained by the accused or explained by [L.E.] or explained by [W.E.], his children. Now that may assist you in trying to ascertain what weight to be given to [J.E.]'s evidence and how to look at it.

duits lorsqu'il avait cinq ans et son témoignage présente des faiblesses ou suscite parfois des difficultés en raison de son immaturité intellectuelle. Il y a quatre éléments que je prends en considération et que vous pouvez prendre en considération. Vous n'êtes pas obligés de le faire parce que, comme je l'ai dit, cela relève de vous. Je m'en remets à votre expérience des gens, et vous ne vous fiez pas à la mienne et l'accusé non plus.

Il y a quatre sujets de préoccupation: son aptitude à observer des choses à cinq ans et à vous les relater à 13 ans; son aptitude à se rappeler d'incidents survenus alors qu'il avait cinq ans et son aptitude à vous les raconter à 13 ans, à s'en souvenir et à les rappeler à sa mémoire; son aptitude à comprendre les questions qui lui ont été posées et à formuler des réponses intelligentes; enfin, sa responsabilité morale en tant qu'enfant de 13 ans qui parle d'événements survenus lorsqu'il avait cinq ans. Ce sont les points que vous voudrez peut-être prendre en considération lorsque vous apprécierez son témoignage.

Encore une fois, vous voudrez peut-être vous demander, comme l'ont dit M<sup>e</sup> Hamilton et le ministère public, quel motif l'a poussé à blâmer [A.W.E.]. Je pense que vous devez vous demander pourquoi il n'a pas mentionné le nom de [A.W.E.] dans un premier temps, et pourquoi il ne l'a fait que quelques jours plus tard. Ceci se passe en 1985, bien longtemps après les événements en question. À cette époque, [A.W.E.] n'était pas avec [J.E.]. Il s'agit de la période de séparation pendant laquelle l'enfant vivait à Armstrong (C.-B.), loin de [A.W.E.].

Le témoignage de [J.E.] est précis, très précis, sur ces deux incidents. [J.E.] est également très précis au sujet de certains autres incidents concernant l'incendie, la caravane, la jambe brisée, la coupure sur le nez infligée par sa mère avec un long couteau, le coup de pied sur le ballon de football (ou de soccer) qui a atteint quelqu'un au visage.

Ces incidents ont également été évoqués en partie par d'autres témoins, et il y avait une différence, peut-être, dans la façon dont chacun d'eux a perçu l'incident, et peut-être, par exemple, voudrez-vous retenir la description que donne [J.E.] de l'incident de la jambe brisée, comme illustrant la façon dont il se rappelait comment les choses se sont passées à l'époque, comparativement à l'explication de l'incident donnée par l'accusé ou encore par ses enfants [L.E.] ou [W.E.]. Cela peut vous aider à déterminer quel poids il faut accorder au témoignage de [J.E.] et comment il faut l'envisager.



I find no suggestion in this detailed appraisal of the complainant's testimony that the trial judge believed this testimony should be approached with any added caution. The Court of Appeal took a similar view of the charge, as the following passage at pp. 221-22 indicates: "Credibility was clearly a big issue. The charge to the jury was quite favourable to the accused in certain respects. But it said nothing about any dangers in the Crown's case, and said nothing to suggest that the complainant's evidence lacked weight."

With respect, I find that the learned trial judge erred in law by withholding such a caution from the jury. The discretion of a trial judge to comment on evidence in his or her charge to the jury is well established: see *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421. Where such comment is offered, and so long as the trial judge emphasizes to the jury that they remain at liberty to disagree with his or her view, I believe the ability of the jury to arrive at a just verdict is enhanced.

In cases where, as here, the ultimate verdict will rest to a large extent on the credibility of the complainant, the comments of the trial judge become all the more helpful to a jury. Such cases also, however, call for added prudence on the part of the trial judge to ensure the primacy of the jury as the trier of fact is not compromised. Although the trial judge could not go so far as to assert that he disbelieved the complainant's testimony, or that he believed the testimony of the defence witnesses, the trial judge could at least have suggested to the jury to proceed with caution in assessing the testimony of the complainant. His failure to properly exercise this discretion came to light as a result of his report to the Court of Appeal.

Even though the trial judge's report was invalid for the reasons set out above, I adopt the view of Locke J. (dissenting) in *Ungaro, supra*, at p. 444, when he stated that "[i]f the report should indicate that the trial judge has proceeded upon a wrong principle, it is manifest that the judgment might

Rien dans cette appréciation détaillée du témoignage du plaignant ne me donne à penser que le juge du procès croyait qu'il y avait lieu de redoubler de prudence en abordant ce témoignage. La Cour d'appel a perçu de manière similaire l'exposé du juge, comme l'indique le passage suivant, aux pp. 221 et 222: [TRADUCTION] «La question de la crédibilité était nettement importante. L'exposé au jury était très favorable à l'accusé à certains égards. Mais il ne disait rien au sujet de quelque danger que ce soit que pouvait présenter la preuve du ministère public, pas plus qu'il ne laissait entendre que le témoignage du plaignant manquait de poids.»

En toute déférence, je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en s'abstenant de faire cette mise en garde au jury. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire des commentaires sur la preuve dans son exposé au jury est bien établi: voir l'arrêt *Steinberg c. The King*, [1931] R.C.S. 421. Lorsque de tels commentaires sont faits et dans la mesure où le juge du procès souligne aux jurés qu'ils demeurent libres de rejeter son opinion, je crois que la capacité du jury de rendre un verdict équitable se trouve accrue.

Dans les affaires où, comme en l'espèce, le verdict final dépend dans une large mesure de la crédibilité du plaignant, les commentaires du juge du procès sont d'autant plus utiles au jury. Cependant, dans de tels cas, il faut aussi que le juge du procès redouble de prudence pour assurer que le rôle prééminent du jury à titre de juge des faits ne soit pas compromis. Même si le juge du procès ne pouvait aller jusqu'à affirmer qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage du plaignant ou qu'il croyait les témoins de la défense, il aurait pu au moins recommander la prudence au jury dans l'appréciation du témoignage du plaignant. L'exercice incorrect de son pouvoir discrétionnaire a été mis en lumière par le rapport qu'il a présenté à la Cour d'appel.

Même si le rapport du juge du procès est invalide pour les motifs énoncés précédemment, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Locke (dissident) dans l'arrêt *Ungaro*, précité, à la p. 444: [TRADUCTION] «[s]'il ressort du rapport que le juge du procès a appliqué un principe erroné, il est évi-

properly be set aside, even though reasons given at the time of delivering it indicated no such irregularity." Thus, while the charge to the jury appears sound on its own, when it is read together with the subsequent trial judge's report accepted by the Court of Appeal, it becomes clear that the trial judge misdirected himself in his charge to the jury. This is an error of law which cannot be ignored.

*D. Application of the Curative Provision Under Section 686(1)(b)(iii)*

As I have found that the trial judge erred in law by not instructing the jury on his comments regarding credibility, I must now assess whether this error can now be cured under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

In *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, I had opportunity to review the authorities on the proper test to be applied by appellate courts in exercising their curative discretion. Writing for the majority on this question, I expressed the test to be applied under s. 686(1)(b)(iii) in the following terms (at p. 706):

I therefore approach the question of whether this is a case in which the proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied by asking whether, if the jury had been properly instructed, the verdict of guilty would necessarily have been the same in the sense that any other verdict would have been unreasonable or not supported by the evidence. This exercise must be conducted with respect for the function of the jury, whose role it is to determine what evidence of which witnesses they accept, the weight it should be accorded and, in the final analysis, whether there exists a reasonable doubt about the guilt of the accused.

In approaching the question in this case, it is essential to bear in mind that, in the final analysis, the case turned on questions of credibility. Depending on what evidence was accepted, there certainly could have been ample evidence upon which a jury properly instructed could convict on the charges upon which this jury convicted the accused. However, verdicts of acquittal on all counts on the trial record as it stands would, in my respectful

dent que le jugement pourrait être annulé à bon droit, même si les motifs ne révélaient pas cette irrégularité au moment où le jugement a été prononcé.» Ainsi, même si l'exposé du juge semble judicieux en soi, lorsqu'il est lu conjointement avec le rapport subséquent du juge du procès, que la Cour d'appel a accepté, il devient évident que le juge du procès s'est fourvoyé dans son exposé au jury. Il s'agit là d'une erreur de droit qui ne saurait être passée sous silence.

*D. Application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii)*

Étant donné que j'ai conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas de directives au jury au sujet de ses commentaires relatifs à la crédibilité, je dois maintenant déterminer si cette erreur peut être réparée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

Dans l'arrêt *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, j'ai eu l'occasion d'examiner la jurisprudence relative au critère que les tribunaux d'appel doivent appliquer pour exercer leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Au nom de la majorité, j'ai formulé ainsi le critère qui doit être appliqué en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) (à la p. 706):

Pour déterminer s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), il faut donc se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement rendu le même verdict de culpabilité en ce sens que tout autre verdict aurait été déraisonnable ou n'aurait pu s'appuyer sur la preuve. Cela doit se faire en toute déférence pour la fonction de jury qui consiste à déterminer quelles dépositions de quels témoins il accepte, quel poids il y a lieu de leur accorder et, en définitive, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé.

En abordant cette question ici, il est essentiel de se rappeler que l'affaire reposait en définitive sur des questions de crédibilité. Tout dépendant des éléments de preuve qui ont été acceptés, il aurait certainement pu exister une preuve suffisante pour qu'un jury, ayant reçu les directives appropriées, prononce un verdict de culpabilité relativement aux accusations au sujet desquelles le présent jury a déclaré l'accusé coupable. Toutefois, des verdicts d'acquiescement relatifs à tous les chefs d'accusation figurant dans le dossier d'instruction ne seraient

view, not be susceptible to be set aside as being unreasonable.

I would apply the same approach in the present case. What is distinctive about this case, however, is that the error of the trial judge did not deprive the jury of evidence, *per se*, but rather of comment on the evidence. Nevertheless, had the trial judge not misdirected himself with respect to the ambit of his charge to the jury, given the centrality of credibility to the verdict, it is not possible to say that a properly instructed jury would necessarily have convicted. Therefore, I do not find this case to be an appropriate one in which to invoke s. 686(1)(b)(iii).

*E. The Discrepancy Between the Law at the Time of Trial and the Law at the Time of the Offence*

There is one final issue to resolve. It concerns the discrepancy between the laws in force at the time of trial and the law in force at the time of the alleged offences. The incidents in question took place in 1983. The trial took place in 1990. Initially, Côté J.A. indicated that he preferred not to deal with this question, stating at p. 222: "That issue would involve some extremely intricate legal issues of statutory retroactivity, and of jury charges on the amount of evidence. For reasons which emerge below, there is no need to go into them now."

After finding a new trial to be required based on the unsafeness of the verdict, Côté J.A. raised the issue of the discrepancy between the old law of buggery and the new law of anal intercourse, which replaced the buggery provision in 1988 (S.C. 1987, c. 24, s. 3, enacting s. 154(1), now s. 159(1)). Côté J.A. noted that the accused was therefore charged with an offence, anal intercourse, which did not exist at the time of the alleged incidents. Neither the Crown nor the defence disputed that the old offence of buggery

pas, à mon avis, susceptibles d'être annulés pour le motif qu'ils sont déraisonnables.

Je procéderaï de la même façon en l'espèce. Le cas qui nous occupe, toutefois, a ceci de particulier que l'erreur du juge du procès n'a pas eu pour effet de priver le jury de la preuve comme telle, mais plutôt de commentaires concernant la preuve. Néanmoins, si le juge du procès ne s'était pas fourvoyé sur la portée de son exposé au jury, étant donné l'importance fondamentale de la crédibilité en ce qui concerne le verdict, il n'est pas possible de dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait nécessairement prononcé une déclaration de culpabilité. Par conséquent, je conclus qu'il ne convient pas en l'espèce d'invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii).

*E. La différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction*

Il reste une dernière question à régler. Il s'agit de la différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur au moment où auraient été commises les infractions. Les incidents en question se sont produits en 1983. Le procès a eu lieu en 1990. Tout d'abord, le juge Côté de la Cour d'appel a déclaré qu'il préférerait ne pas examiner ce point, affirmant, à la p. 222, qu'il [TRADUCTION] «souleverait certaines questions juridiques extrêmement complexes concernant la rétroactivité des lois et l'exposé du juge sur l'importance de la preuve. Pour les motifs qui ressortent plus loin, il n'y a pas lieu de les aborder maintenant».

Après avoir conclu à la nécessité d'ordonner un nouveau procès en raison du danger que présentait le verdict, le juge Côté a soulevé la question de la différence entre l'ancienne disposition relative à la sodomie et la nouvelle qui traite des relations sexuelles anales et qui est venue remplacer en 1988 la disposition relative à la sodomie (L.C. 1987, ch. 24, art. 3, adoptant le par. 154(1), maintenant le par. 159(1)). Le juge Côté a fait remarquer que l'accusé était donc inculpé d'une infraction (relations sexuelles anales) qui n'existait pas

and the new offence of anal intercourse are essentially identical. Côté J.A., in considering this question, stated the following (at p. 224):

Obviously a person cannot be convicted of what was not a crime at the time he acted, and nothing in the *Criminal Code* or its amendments purports to provide otherwise. Indeed, the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 43, provides rather the contrary: if an offence is repealed, someone who has committed it may still be prosecuted for the old offence.

For the reasons given, the defect does not go to the heart of the charge. There are no limitation periods for indictable offences, I see no benefit to anyone in doing anything which would in effect send the matter back for a new information, preliminary hearing, and indictment. Though the accused cannot be tried on the indictment as it now stands, I would give the Crown leave, if it wishes, to amend the indictment to allege buggery instead of anal intercourse. The other particulars should not be changed.

The change in the laws of evidence between the time of the alleged incidents and the time of trial, however, apparently continued to trouble the court, as indicated by the following holding (at pp. 224-25):

I doubt that that change of offence is in substance more than a change of name in this case, or that it will make any practical difference to the accused. However, the procedural and evidentiary law can be complex, given the thicket of amendments to the law relating to sexual offences in Canada in the last generation. I may have missed something. If the accused can find any factual, legal or procedural arguments triggered by the old offence or by the change of offence, he should at least have the right to make answer and defence using them. He had no such chance at his first trial. That is an independent ground for quashing the conviction and ordering a new trial.

au moment où les incidents se seraient produits. Ni le ministère public ni la défense n'ont contesté le fait que l'ancienne infraction de sodomie et la nouvelle infraction des relations sexuelles anales sont essentiellement identiques. En examinant cette question, le juge Côté déclare ce qui suit (à la p. 224):

[TRADUCTION] Il est évident qu'une personne ne saurait être déclarée coupable d'un crime qui n'existait pas lorsqu'elle a commis les actes reprochés, et rien dans les dispositions du *Code criminel* ou les modifications qui y ont été apportées n'est censé prévoir le contraire. En fait, l'art. 43 de la *Loi d'interprétation fédérale*, L.R.C. (1985), ch. I-21, stipule précisément le contraire: l'auteur d'une infraction abrogée peut toujours être poursuivi pour avoir commis cette ancienne infraction.

Pour les raisons exposées, le défaut ne touche pas au cœur de l'accusation. Il n'y a pas de prescription pour les actes criminels. Selon moi, personne n'a avantage à faire quoi que ce soit qui aurait pour effet de ramener l'affaire au point où il serait nécessaire de faire une nouvelle dénonciation, une enquête préliminaire et une mise en accusation. Bien que l'accusé ne puisse être jugé sur la base de l'acte d'accusation tel qu'il est rédigé actuellement, j'autoriserais le ministère public, s'il le désire, à le modifier pour substituer le crime de sodomie à celui de relations sexuelles anales. Les autres détails devraient demeurer inchangés.

Cependant, les modifications apportées aux règles de la preuve entre le moment où auraient eu lieu les incidents et la date du procès, ont apparemment continué à préoccuper la cour, comme l'indique la conclusion suivante (aux pp. 224 et 225):

[TRADUCTION] Je doute que cette substitution d'infraction représente, pour l'essentiel, plus qu'un changement de nom en l'espèce et qu'elle fasse une différence pratique pour l'accusé. Cependant, les règles de procédure et de preuve peuvent être complexes, étant donné l'enchevêtrement des modifications apportées aux dispositions relatives aux infractions d'ordre sexuel au Canada au cours de la dernière génération. Quelque chose peut m'avoir échappé. Si l'accusé peut faire valoir un moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction, il devrait au moins avoir le droit de l'invoquer pour assurer sa défense. Il n'a pas eu cette possibilité à son premier procès. Il s'agit d'un motif indépendant d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Was the Court of Appeal correct in ordering a new trial on this basis? Turning first to the discrepancy as to which evidentiary law applies, this matter can be easily resolved. Prior to its repeal in 1988 (S.C. 1987, c. 24, s. 15), s. 586 of the 1970 *Criminal Code* required corroboration before the unsworn evidence of a child complainant could be adduced. Those same amendments to the *Criminal Code* removed the requirement at common law that any uncorroborated evidence by the complainant be accompanied by a caution from the trial judge (S.C. 1987, c. 24, s. 11). In the present case, the trial judge accepted the uncorroborated evidence of J.E. based on the law in force at the time of trial, and was, I find, correct in so doing. It is the law of evidence at the time of trial that prevails. Indeed, this Court has held that the enactment of a new law with respect to evidentiary questions may validly have retrospective application: see *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

With respect to the discrepancy in the naming of the offence in the indictment, this matter may also be easily settled. In *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J., writing for the Court, held that where the only defect in an indictment is the naming of the wrong offence, the error would render the indictment voidable but not void, as the two offences in that case were virtually identical. The same is true in this instance, and the same reasoning applies. I would therefore affirm the Court of Appeal's order granting the Crown leave to amend the indictment accordingly should the Crown proceed with a new trial. However, I can see no "factual, legal or procedural argument triggered by the old offence or by the change of offence" which would affect the outcome of a new trial. Thus, I respectfully disagree with the Court of Appeal that the difference between the laws at the time of trial and the laws at the time of the offence constituted

La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'ordonner un nouveau procès pour ce motif? En ce qui concerne d'abord la divergence quant aux règles de preuve applicables, il est facile de régler cette question. Avant son abrogation en 1988 (L.C. 1987, ch. 24, art. 15), l'art. 586 du *Code criminel* de 1970 exigeait que le témoignage non rendu sous serment d'un plaignant enfant soit corroboré avant de pouvoir être présenté en preuve. Ces mêmes modifications du *Code criminel* ont également supprimé l'exigence prévue par la common law, que le témoignage non corroboré du plaignant soit accompagné d'une mise en garde du juge du procès (L.C. 1987, ch. 24, art. 11). En l'espèce, le juge du procès a accepté le témoignage non corroboré de J.E. en se fondant sur le droit en vigueur à l'époque du procès, et j'estime qu'il a eu raison de le faire. Ce sont les règles de preuve en vigueur à l'époque du procès qui s'appliquent. En fait, notre Cour a décidé que l'adoption d'une nouvelle règle en matière de preuve peut valablement s'appliquer rétroactivement: voir *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

Quant à la divergence liée au nom de l'infraction dans l'acte d'accusation, cette question aussi peut être facilement réglée. Dans l'arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a décidé que lorsque le seul vice entachant un acte d'accusation consistait à avoir nommé la mauvaise infraction, l'erreur commise rendait l'acte d'accusation susceptible d'annulation et non pas nul, étant donné que les deux infractions dans cette affaire étaient pratiquement identiques. Il en va de même en l'espèce et le même raisonnement s'applique. Je confirmerais donc l'ordonnance de la Cour d'appel autorisant le ministère public à modifier l'acte d'accusation en conséquence si jamais il décide de tenir un nouveau procès. Cependant, je ne puis voir aucun «moyen fondé sur les faits, le droit ou la procédure auquel donne ouverture l'ancienne infraction ou la substitution d'infraction» qui influencerait sur l'issue d'un nouveau procès. Ainsi, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la différence entre les dispositions législatives en vigueur à l'époque du procès et celles qui étaient en vigueur à l'époque de la perpétration de

independent grounds for the ordering of a new trial.

#### V. Disposition

I would dismiss the appeal, and for the reasons outlined above, order a new trial.

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

CORY J. — I have read with great interest the excellent reasons of the Chief Justice. Unfortunately, I have come to a different conclusion with regard to the use that can be made of the trial judge's report and whether the charge to the jury was in error.

#### Facts

In addition to the facts set out by the Chief Justice I would observe that it can be readily inferred from the medical evidence that the complainant was indeed sexually assaulted. The real issue in the case was by whom. Indeed this was the position taken by the defence at trial, where it was argued that the assault was more likely to have been committed by the natural father of the complainant than the respondent.

#### The Trial Judge's Report

It may be convenient to set out here the section of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, providing for judge's reports. Section 682(1) is as follows:

682. (1) Where, under this Part, an appeal is taken or an application for leave to appeal is made, the judge or provincial court judge who presided at the trial shall, at the request of the court of appeal or a judge thereof, in accordance with rules of court, furnish it or him with a report on the case or on any matter relating to the case that is specified in the request.

It can be seen that a report of a trial judge should only be made at the request of the Court of

l'infraction constitue un motif indépendant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

#### V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, pour les motifs qui précèdent, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

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

LE JUGE CORY — J'ai lu avec un vif intérêt les excellents motifs du Juge en chef. Malheureusement, j'arrive à une conclusion différente en ce qui concerne l'utilisation qui peut être faite du rapport du juge du procès et la question de savoir si l'exposé au jury était erroné.

#### Les faits

Outre les faits exposés par le Juge en chef, je ferais observer que l'on peut déduire sans difficulté de l'expertise médicale que le plaignant a vraiment été agressé sexuellement. En l'espèce, la véritable question était de savoir par qui il l'a été. En fait, il s'agit du point de vue adopté par la défense au procès où on a soutenu qu'il était plus probable que l'auteur de l'agression soit le père naturel du plaignant que l'intimé.

#### Le rapport du juge du procès

Il peut être utile d'énoncer ici la disposition du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite de la présentation d'un rapport par le juge. Le paragraphe 682(1) est ainsi rédigé:

682. (1) Lorsque, sous le régime de la présente partie, un appel est interjeté ou une demande d'autorisation d'appel est faite, le juge ou juge de la cour provinciale qui a présidé au procès doit, à la demande de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, en conformité avec les règles de cour, fournir à ce tribunal ou à ce juge, un rapport portant sur la cause ou sur toute matière s'y rattachant que la demande spécifie.

Il ressort que le juge du procès ne devrait présenter un rapport que si la cour d'appel lui

Appeal. Such a request should in my opinion be rarely made.

As the Chief Justice pointed out, the section originated at a time when there was seldom a transcript made of the trial proceedings. It was thus essential that the Court of Appeal have access to the judge's notes of those proceedings. That situation no longer exists. A complete transcript of all court proceedings is now routinely available to the Courts of Appeal. Further it has been emphasized by this Court that the accused should be present throughout the entire trial. See *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; and *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2. This in turn means that there will be a transcript of every aspect of the case. It is on the basis of that record that the decision of the Court of Appeal should be made. It is apparent that to a large extent s. 682(1) is a historical anachronism.

As a general rule the trial judge's report introduces an element of unfairness into the appeal procedure. The trial judge is being requested to give his or her subjective view of what transpired. With the very best of intentions the trial judge may subconsciously be influenced to write a report which justifies decisions made and actions taken during the course of the trial. It will be very difficult if not impossible for counsel opposed to the view of events taken by the trial judge to argue against the judge's version. Further the request puts a trial judge in an embarrassing if not invidious position. Is the trial judge to be encouraged to report that in his view the decision of the jury was unsafe? There is an obvious danger in taking that position. First the immediate response is why then bother with a jury if the judge can override its verdict by means of a report? Secondly, what if the situation presented in this case were reversed and the jury had acquitted despite the trial judge's strongly held views that there should have been a conviction? In those circumstances should the

demande de le faire. À mon avis, cette demande ne devrait être formulée qu'en de rares occasions.

Comme l'a fait remarquer le Juge en chef, cette disposition a été conçue à une époque où les procédures de première instance faisaient rarement l'objet d'une transcription. Il était donc essentiel que le tribunal d'appel ait accès aux notes prises par le juge relativement à ces procédures. Il en va autrement aujourd'hui. Une transcription complète de toutes les procédures judiciaires est désormais systématiquement soumise aux tribunaux d'appel. De plus, notre Cour a souligné que l'accusé devrait être présent pendant toute la durée du procès. Voir les arrêts *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, et *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Cela signifie que chaque aspect d'une affaire fera l'objet d'une transcription. C'est en fonction de ce dossier que la cour d'appel devrait rendre sa décision. Il appert dans une large mesure que le par. 682(1) est un anachronisme historique.

En règle générale, le rapport du juge du procès introduit un élément d'injustice dans la procédure d'appel. On lui demande d'exposer son opinion subjective sur ce qui s'est passé au procès. Même avec les meilleures intentions du monde, le juge du procès peut inconsciemment être amené à rédiger un rapport justifiant les décisions et les mesures prises au cours du procès. Il sera très difficile, voire impossible, de réfuter cette version pour l'avocat en désaccord avec la perception des événements qu'a le juge du procès. De plus, la demande de rapport place le juge du procès dans une situation embarrassante, pour ne pas dire déplaisante. Faut-il encourager le juge du procès à signaler qu'à son avis la décision du jury est imprudente? Il est évident qu'il est risqué d'adopter ce point de vue. Premièrement, la question qui nous vient immédiatement à l'esprit est de savoir pourquoi alors s'embarrasser d'un jury si le juge peut passer outre à son verdict au moyen d'un rapport? Deuxièmement, qu'arriverait-il si la situation en l'espèce était inversée et que le jury avait prononcé un acquittement en dépit du point de vue bien arrêté du juge du procès selon lequel il y aurait dû y avoir un verdict de culpabilité? Dans

report of the trial judge requested by the Court of Appeal have an influence upon the decision?

To request the report, as a general rule, is to encourage a situation fraught with the possibilities of unfairness. It is only in those rare situations where something occurred which is not reflected in the record and upon which opposing counsel cannot agree that a report from a trial judge might be requested. For example, a desire for comments with regard to the demeanour of a witness should not justify a request for a report. The assessment of the demeanour of a witness should fall within the exclusive domain of the jurors as the triers of the facts. Indeed jurors are routinely instructed at the opening of a criminal trial that they should closely observe the demeanour of the witnesses during the course of the trial. To ask for a trial judge's comment to the Court of Appeal on this issue would I think be superfluous and improper.

It follows that I do not think that there should be a standing request from Courts of Appeal to trial judges to routinely make a report. As the Chief Justice has pointed out, if the Court of Appeal issues a general invitation to trial judges to submit reports, that would be tantamount to restoring the predecessor of s. 682(1). Rather, as I have said, the request should be made only in those rare circumstances where something has occurred which is not reflected on the record upon which opposing counsel cannot agree. In those rare cases, trial counsel ought probably to be afforded an opportunity to appear before the trial judge in order to make submissions with regard to the requested report. Further, when the report is made, copies should be provided to counsel appearing on the appeal so that they may make representations with respect to it.

In this case the unsolicited report of the trial judge should not have been considered by the Court of Appeal. It pertained exclusively to evidence already in the record of the trial which was before the Court of Appeal. The report expressed the opinion of the trial judge that the verdict of the

ces circonstances, le rapport du juge du procès, demandé par le tribunal d'appel, devrait-il influencer sur la décision?

Demander le rapport, à titre de règle générale, revient à favoriser une situation pleine de risques d'injustice. Un rapport ne pourrait être demandé que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Par exemple, le désir d'obtenir des commentaires au sujet du comportement d'un témoin ne devrait pas justifier une demande de rapport. L'appréciation du comportement d'un témoin devrait relever exclusivement des jurés à titre de juges des faits. D'ailleurs, à l'ouverture d'un procès criminel, les jurés se font systématiquement donner comme directive d'observer attentivement le comportement des témoins pendant le procès. Il serait superflu et déplacé, à mon avis, de demander à un juge du procès de faire part de ses commentaires à la cour d'appel à ce sujet.

Je ne pense donc pas qu'il y a lieu pour les tribunaux d'appel de demander constamment aux juges du procès de présenter systématiquement un rapport. Comme le Juge en chef l'a souligné, une invitation générale, faite aux juges du procès par le tribunal d'appel, à produire des rapports reviendrait à rétablir la disposition qui a précédé le par. 682(1). Comme je l'ai dit, la demande ne devrait plutôt être formulée que dans les rares cas où il s'est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s'entendre. Dans ces rares cas, les avocats des parties au procès devraient probablement avoir la possibilité de se présenter devant le juge du procès pour soumettre des arguments au sujet du rapport demandé. De plus, lorsque le rapport est fait, des copies devraient être fournies aux avocats plaidant en appel de façon à leur permettre de formuler des observations à son sujet.

En l'espèce, le rapport non sollicité du juge du procès n'aurait pas dû être pris en considération par la Cour d'appel. Il avait trait exclusivement à la preuve déjà versée au dossier du procès dont était saisie la Cour d'appel. Le rapport faisait état de l'opinion du juge du procès selon laquelle le



jury was unsafe. Yet it is the jury's verdict which must prevail over the trial judge's opinion. Unless there was no evidence to support its verdict or errors were made in the course of the charge which would require a new trial, the verdict of a jury must not be set aside. Juries are a safeguard of democracy and society quite properly respects and trusts their verdicts. See *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; and *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802. If they are to remain the bulwark of freedom their decisions should not be lightly dismissed.

It is now necessary to consider whether the verdict of the jury in this case was unsafe.

#### Was the Verdict of the Jury Unsafe?

The Chief Justice properly observed that the Court of Appeal was empowered under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* to find that the verdict was unreasonable or unsupported by the evidence. He pointed out that in making such a determination the Court of Appeal was obliged to "re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence". See *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186. He further observed that although the principle expressed in *Yeves* applies to findings of credibility, this Court has held that deference should be shown to those findings which are made at trial. See *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131.

The Chief Justice continued by observing that it was highly unlikely in his view that the Court of Appeal would have concluded that the guilty verdict was unreasonable under s. 686(1)(a) were it not for the comments contained in the report of the trial judge in light of the evidence presented at trial. I agree with all those comments. They are particularly true in light of the opinion expressed by this Court that the testimony of children such as the complainant should not be evaluated on the same standards as that used in assessing evidence given by adults. Rather a flexible common sense approach to the evidence of children should be

verdict prononcé par le jury était imprudent. Pourtant, c'est le verdict du jury qui doit l'emporter sur l'opinion du juge de première instance. Le verdict d'un jury ne doit être annulé que s'il n'y a aucune preuve justifiant ce verdict ou si, au cours de l'exposé au jury, on a commis des erreurs qui exigeraient la tenue d'un nouveau procès. Les jurys sont une garantie de démocratie et c'est tout à fait à juste titre que la société respecte leurs verdicts et s'en remet à ceux-ci. Voir les arrêts *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, et *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802. S'ils doivent demeurer le rempart de la liberté, leurs décisions ne devraient pas être rejetées à la légère.

Il est maintenant nécessaire de se demander si le verdict prononcé par le jury était imprudent.

#### Le verdict prononcé par le jury était-il imprudent?

Le Juge en chef a fait observer, à juste titre, que la Cour d'appel pouvait, en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, conclure que le verdict était déraisonnable ou qu'il n'était pas appuyé par la preuve. Il a fait remarquer qu'en rendant cette décision, la Cour d'appel devait «réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer». Voir *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 186. Il a ajouté que bien que le principe formulé dans l'arrêt *Yeves* s'applique aux conclusions à la crédibilité, notre Cour a jugé qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de ces conclusions tirées au procès. Voir *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131.

Le Juge en chef a poursuivi en faisant observer qu'à son avis il était fort improbable, compte tenu de la preuve présentée au procès, que la Cour d'appel eusse conclu que le verdict de culpabilité était déraisonnable en vertu de l'al. 686(1)(a) n'eussent été les commentaires contenus dans le rapport du juge du procès. Je suis d'accord avec tous ces commentaires. Ils sont particulièrement justes à la lumière de l'opinion exprimée par notre Cour selon laquelle les témoignages d'enfants comme le plaignant ne devraient pas être évalués selon les mêmes normes utilisées pour apprécier les témoignages d'adultes. Il y a lieu plutôt d'aborder les

employed. See *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 54-55.

The trial judge determined that the complainant, J.E., was of sufficient maturity to be sworn. He testified and was cross-examined at length. The jury had every opportunity to hear his testimony and to observe the manner in which he gave his evidence. As the Chief Justice has noted there were no significant inconsistencies in his testimony. The jury could have based its verdict upon the evidence of the complainant alone. There was as well the medical evidence which revealed findings consistent with the sexual abuse described by the complainant. There was then clear evidence upon which the jury could base its finding of guilt. Thus it cannot be said that there was no evidence upon which the jury could base its conviction and that as a result it was unsafe to accept the verdict of guilty.

It remains then to be seen if the judge's charge was in error.

### The Charge to the Jury

Except in those rare cases where it is appropriate to request it, the charge to the jury should be reviewed without any consideration of the report of the trial judge. If the jury system is to be maintained, then despite the unpopularity of a verdict it must be accepted unless, as I have said, there was no evidence upon which it could be based or there is a reversible error in the charge. It should not be forgotten that trial by jury is one of the important concepts of our democratic society. It is the ability to have recourse to a jury trial that is the individual's safeguard against tyranny. The danger of relying upon a trial judge's report to set aside a jury verdict becomes apparent if the Crown were to seek to set aside the unpopular verdict of acquittal on the basis of a trial judge's report that the verdict was unsafe. Any decision as to the verdict in this

témoignages d'enfants d'une façon souple et conforme au bon sens. Voir les arrêts *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55.

Le juge du procès a décidé que le plaignant J.E. était suffisamment mûr pour prêter serment. Ce dernier a témoigné et a fait l'objet d'un long contre-interrogatoire. Le jury a pu l'entendre et observer à loisir la façon dont il a témoigné. Comme le Juge en chef l'a souligné, il n'y avait pas d'incohérences graves dans son témoignage. Le jury aurait pu fonder son verdict sur le seul témoignage du plaignant. La preuve médicale a aussi révélé des conclusions compatibles avec le comportement sexuel abusif décrit par le plaignant. Il y avait donc des éléments de preuve manifestes sur lesquels le jury pouvait fonder son verdict de culpabilité. On ne saurait donc affirmer qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait fonder la déclaration de culpabilité qu'il a prononcée et, partant, qu'il était imprudent d'accepter le verdict de culpabilité.

Il reste à voir si l'exposé du juge était erroné.

### L'exposé au jury

Sauf dans les rares cas où il convient de demander au juge du procès de présenter un rapport, l'exposé au jury devrait être examiné sans tenir compte de ce rapport. Si le système de jury doit être maintenu, alors le verdict, même impopulaire, doit être accepté sauf, comme je l'ai dit, s'il y a absence d'éléments de preuve sur lesquels il pouvait être fondé ou s'il y a dans l'exposé au jury une erreur justifiant son annulation. Il ne faudrait pas oublier que le procès devant jury est l'un des concepts importants de notre société démocratique. C'est la possibilité de recourir à un procès devant jury qui protège l'individu contre la tyrannie. Il deviendrait évident qu'il est dangereux d'invoquer le rapport du juge du procès pour annuler le verdict d'un jury, si le ministère public devait demander l'annulation d'un verdict d'acquiescement impopulaire en invoquant le rapport du juge du procès voulant que ce verdict soit imprudent. Toute décision relative au verdict en l'espèce devrait être fon-

case should be based upon the transcript and not the report of the trial judge.

It was incumbent upon the trial judge to bring to the jury's attention the problems that may arise from the testimony of youthful witnesses. Let us review what the trial judge said to the jury with regard to the evidence of the complainant in this case.

Now, [J.E.]'s evidence is that of a 13-year-old boy. Now, you are not inexperienced with life. You have dealt with children. You have dealt with adults. Don't leave your common sense at home when you are assessing this child's evidence. You are called because of your collective wisdom and experience in dealing with people and assessing facts. Use that in deciding who you are going to believe in this case, what you are going to do with the evidence, and how you are going to weigh it.

Now, I questioned [J.E.], as you saw, before he took the oath. I asked him some questions about whether or not he understood the nature of an oath and whether or not he was able to communicate answers to questions on a fairly intelligent basis. You saw him answer the questions. You saw him deal with them. You also saw him answer and heard him answer questions from both counsel for quite a period of time.

Now, he is a 13-year-old boy, and he has had not a nice life. You can't punish the accused because he hasn't had a good life, unless you are satisfied it was the accused who perpetrated the acts of anal intercourse alleged by [J.E.]. You can't punish the accused because you have sympathy for the child, nor can you acquit the accused because you just feel sorry for him. You have got to deal with the evidence honestly.

Now, a 13-year-old boy is giving evidence of what happened when he was five and a half and just about the time of his sixth birthday. Now, when you are dealing with a child, I don't — I'm going to just point this out to you. In assessing his evidence, I want you to consider the questions and answers that I dealt with in deciding whether or not he should take the oath and be sworn; take into account he was 13 years of age when he gave evidence; take into account when he was five and almost six and six when the incidents occurred.

dée sur la transcription et non sur le rapport du juge du procès.

Il incombait au juge du procès d'attirer l'attention du jury sur les difficultés que peuvent soulever les dépositions de jeunes témoins. Voyons ce qu'il a dit au jury au sujet du témoignage du plaignant en l'espèce.

[TRADUCTION] Le témoignage de [J.E.] est celui d'un garçon de 13 ans. Vous avez l'expérience de la vie. Vous avez déjà traité avec des enfants. Vous avez déjà traité avec des adultes. Usez de votre bon sens au moment d'apprécier le témoignage de cet enfant. Vous êtes ici en raison de votre sagesse et de votre expérience collectives pour ce qui est de traiter avec des gens et d'évaluer des faits. Servez-vous en pour décider qui croire en l'espèce, ce que vous allez faire avec la preuve et quel poids vous allez lui accorder.

Vous l'avez vu, j'ai interrogé [J.E.] avant qu'il prête serment. Je lui ai posé quelques questions pour savoir s'il comprenait la nature du serment et s'il était en mesure de répondre de façon vraiment intelligente aux questions posées. Vous l'avez vu répondre. Vous avez vu comment il se comportait lorsqu'il était interrogé. Vous l'avez également vu et entendu répondre aux questions posées par les deux avocats pendant une période de temps assez longue.

Il s'agit d'un garçon de 13 ans qui n'a pas eu la vie facile. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que ce garçon n'a pas eu la vie facile, à moins d'être convaincus que l'accusé a eu les relations sexuelles anales que dénonce [J.E.]. Vous ne pouvez punir l'accusé parce que vous avez de la sympathie pour l'enfant pas plus que vous ne pouvez l'acquitter parce qu'il vous fait pitié. Il vous faut examiner la preuve honnêtement.

Un garçon de 13 ans témoigne sur des événements survenus au moment où il avait cinq ans et demi et à peu près à l'époque de son sixième anniversaire de naissance. Lorsque vous avez affaire à un enfant, je ne — je vais seulement vous dire ceci. En appréciant son témoignage, je veux que vous teniez compte des questions que j'ai posées au plaignant et des réponses que j'ai obtenues lorsque j'ai eu à décider s'il fallait lui faire prêter serment. Tenez compte du fait qu'il était âgé de 13 ans lorsqu'il a témoigné; tenez compte du fait qu'il était âgé de cinq ans et de presque six ans, et de six ans, lorsque les incidents sont survenus.

I noticed you watching him carefully at all times. He is talking about events which occurred when he was five, and there are frailties or sometimes difficulties with the child's evidence because of his mental immaturity. There are four reasons I consider, and you may consider. You don't have to, because as I say, this is in your area, and I am relying on your experience dealing with people, and you are not relying on mine, nor is the accused.

There are four areas of concern: his capacity to observe things at five years old and to tell you about them at 13; his capacity to recollect things when he was five, and his capacity to tell you about them when he is 13 and to recollect them and bring them back; his ability to understand the questions that were put to him and to frame and give intelligent answers; and fourthly, his moral responsibility as a child of 13 talking about events which occurred when he was five. Those are points you may wish to consider when you assess his evidence.

Again, you may wish to consider, as put by Miss Hamilton and the Crown, what is the motive for him blaming [A.W.E.]? I think it's something you have to consider is why he didn't reveal [A.W.E.]'s name initially, and a few days later he did reveal [A.W.E.]'s name. That's in 1985, long after the event. At that time [A.W.E.] was not with [J.E.]. That was the period of separation time when the child was in Armstrong, B.C., living away from [A.W.E.].

Now, the evidence of [J.E.] is specific and very specific about these two incidents. He also is very specific about some other incidents relating to the fire, relating to the camper, relating to the broken leg, relating to the cut on his nose by his mother with a large knife, in relation to kicking the football and hitting somebody in the face with it — or soccer ball.

Those incidents were also referred to in some areas by other witnesses, and there was a difference, perhaps, in the way each one of them saw the incident, and perhaps, for example, the incident as described by [J.E.] of the broken leg may be considered by you as how he recollected things happening in those times as compared to the incident as explained by the accused or explained by [L.E.] or explained by [W.E.], his children. Now, that may assist you in trying to ascertain what weight to be

J'ai remarqué que vous l'aviez en tout temps observé attentivement. Il a relaté des événements qui se sont produits lorsqu'il avait cinq ans et son témoignage présente des faiblesses ou suscite parfois des difficultés en raison de son immaturité intellectuelle. Il y a quatre éléments que je prends en considération et que vous pouvez prendre en considération. Vous n'êtes pas obligés de le faire parce que, comme je l'ai dit, cela relève de vous. Je m'en remets à votre expérience des gens, et vous ne vous fiez pas à la mienne et l'accusé non plus.

Il y a quatre sujets de préoccupation: son aptitude à observer des choses à cinq ans et à vous les relater à 13 ans; son aptitude à se rappeler d'incidents survenus alors qu'il avait cinq ans et son aptitude à vous les raconter à 13 ans, à s'en souvenir et à les rappeler à sa mémoire; son aptitude à comprendre les questions qui lui ont été posées et à formuler des réponses intelligentes; enfin, sa responsabilité morale en tant qu'enfant de 13 ans qui parle d'événements survenus lorsqu'il avait cinq ans. Ce sont les points que vous voudrez peut-être prendre en considération lorsque vous apprécierez son témoignage.

Encore une fois, vous voudrez peut-être vous demander, comme l'ont dit M<sup>e</sup> Hamilton et le ministère public, quel motif l'a poussé à blâmer [A.W.E.]. Je pense que vous devez vous demander pourquoi il n'a pas mentionné le nom de [A.W.E.] dans un premier temps, et pourquoi il ne l'a fait que quelques jours plus tard. Ceci se passe en 1985, bien longtemps après les événements en question. À cette époque, [A.W.E.] n'était pas avec [J.E.]. Il s'agit de la période de séparation pendant laquelle l'enfant vivait à Armstrong (C.-B.), loin de [A.W.E.].

Le témoignage de [J.E.] est précis, très précis, sur ces deux incidents. [J.E.] est également très précis au sujet de certains autres incidents concernant l'incendie, la caravane, la jambe brisée, la coupure sur le nez infligée par sa mère avec un long couteau, le coup de pied sur le ballon de football (ou de soccer) qui a atteint quelqu'un au visage.

Ces incidents ont également été évoqués en partie par d'autres témoins, et il y avait une différence, peut-être, dans la façon dont chacun d'eux a perçu l'incident, et peut-être, par exemple, voudrez-vous retenir la description que donne [J.E.] de l'incident de la jambe brisée, comme illustrant la façon dont il se rappelait comment les choses se sont passées à l'époque, comparativement à l'explication de l'incident donnée par l'accusé ou encore par ses enfants [L.E.] ou [W.E.]. Cela peut vous

given to [J.E.]'s evidence and how to look at it. [Emphasis added.]

As well he stated:

Now, the position of the Crown is that the evidence of [J.E.] is clear as to the nature of the act and the person who did it, and [J.E.] stood up to answering questions, giving his evidence and being subjected to cross-examination. I don't know whether grilling or gruelling is the correct word, but it certainly was — he stood up for a long time. In fact, at the end he sat down, you will remember, in front of you. You watched him very carefully. You will have to consider his evidence, and of course, the others.

The Crown says it's clear, no doubt in [J.E.]'s mind who. That person had the opportunity to do it, and although he didn't name him in 1985, when initially dealing with the topic, he named [W.E.] and [L.E.], [D.W.]; but when it came down to the crunch three days later, he also named [A.W.E.]. Now, he was asked specifically if [A.W.E.] did it initially, and he said no. Three days later he says, Yes, [A.W.E.] did do it; now, two or three days later.

Now, the Crown's position is you should accept that evidence. You should disregard the other evidence. They have an interest in getting evidence that way. They have a bias. Accept the evidence of [J.E.]. It should be sufficient to satisfy you beyond a reasonable doubt.

The defence takes the position that you should not accept the evidence of [J.E.]. There are other people with equal opportunity; in particular, the defence referred to [D.S.], the natural father, probably, of the child [J.E.]. Her position is that you should accept the evidence of the accused, who denied it, and you should accept the evidence of the witnesses called on his behalf that his character is such that he is not the kind of person who would commit that crime.

These directions appear to adequately bring to the attention of the jury the problems that they should consider in assessing the evidence of the complainant. Taken in the context of the entire charge, they provide proper instructions to the jury. The charge when reviewed as a whole, is not only fair but favourable to the respondent. It is trite

aider à déterminer quel poids il faut accorder au témoignage de [J.E.] et comment il faut l'envisager. [Je souligne.]

a Il a également dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Selon le ministère public, le témoignage de [J.E.] est clair quant à la nature de l'acte reproché et à l'auteur de cet acte, et [J.E.] s'est levé pour répondre aux questions, a témoigné et a subi un contre-interrogatoire. Faut-il parler d'un interrogatoire serré ou d'un interrogatoire épuisant, je ne saurais dire, toujours est-il qu'il est resté debout longtemps. En fait, à la fin, vous vous en souviendrez, il s'est assis devant vous. Vous l'avez observé très attentivement. Il vous faut tenir compte de son témoignage et, bien sûr, des autres témoignages.

Le ministère public affirme qu'il n'y a aucune incertitude, aucun doute dans l'esprit de [J.E.] quant à l'auteur. Cette personne a eu la possibilité de commettre le crime reproché, et bien qu'il ne l'ait pas nommée en 1985, lorsqu'il a parlé pour la première fois, il a nommé [W.E.] et [L.E.], [D.W.]. Mais au moment crucial, trois jours plus tard, il a également nommé [A.W.E.]. Lorsqu'on lui a demandé expressément si [A.W.E.] l'avait fait, au début il a dit non. Trois jours plus tard, il a dit oui, [A.W.E.] l'a fait. Deux ou trois jours plus tard.

Le ministère public prétend que vous devriez accepter ce témoignage et que vous devriez ignorer les autres éléments de preuve. Il a intérêt à recueillir des témoignages de cette façon. Il est partial. Acceptez le témoignage de [J.E.]. Il devrait suffire à vous convaincre hors de tout doute raisonnable.

Selon la défense, vous ne devriez pas accepter le témoignage de [J.E.]. D'autres personnes que l'accusé avaient la possibilité de perpétrer le crime. La défense a fait référence en particulier à [D.S.], qui est probablement le père naturel de [J.E.]. Selon elle, vous devriez accepter le témoignage de l'accusé, qui a nié être l'auteur du crime, et vous devriez accepter la déposition des autres personnes appelées à témoigner pour lui et qui sont venues dire que sa moralité est telle qu'il n'est pas le genre de personne qui commettrait ce crime.

i Ces directives semblent attirer convenablement l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant. Prises dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, elles constituent des directives appropriées. Considéré dans son ensemble, l'exposé du juge est non seulement équitable

that charges should not be viewed microscopically or infinitely parsed to find error. A review of the charge in this case does not reveal any reversible error. Indeed the Chief Justice notes that the charge to the jury appears to be sound. In his view it is only when it is read together with the trial judge's letter or report that it becomes apparent that it can be said that there is misdirection.

I must with respect disagree with that position. In my view there should not have been any recourse to the report of the trial judge. To do so means that a new trial would be directed based upon the very report that should not have been considered. There is no suggestion that any relevant evidence was withheld from the jury in this case or that there was an error in law made in the course of the charge. Nor is there any suggestion that the trial judge failed to review all the relevant evidence with the jury or put forward the position of the Crown and defence. The proposed new trial results solely from the fact that the trial judge failed to comment on the evidence. In this case, there was no duty or need for the trial judge to make comments upon the evidence beyond those which were properly made in his charge, which all agree was fair.

It is true that in a criminal trial the fairness of the process must be primarily assessed from the point of view of the accused. Yet it must as well be looked at from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant. It is apparent, from any viewpoint, that the respondent received a fair trial. All that is really complained of is that the verdict of the jury was not a satisfactory one in the opinion of the trial judge. Unless we are to accept the contention that a jury's decision based upon relevant and admissible evidence following a fair and faultless charge can be set aside

pour l'intimé, mais encore il lui est favorable. Il est banal de dire que les directives données au jury ne devraient pas être examinées à la loupe ni décortiquées indéfiniment pour trouver une erreur. En l'espèce, l'examen de l'exposé au jury ne révèle pas d'erreur justifiant son annulation. En fait, le Juge en chef souligne que l'exposé au jury semble judicieux. Selon lui, c'est seulement lorsque l'exposé est examiné conjointement avec la lettre ou le rapport du juge du procès qu'il appert que l'on peut dire que les directives données sont erronées.

En toute déférence, je me dois d'exprimer mon désaccord avec ce point de vue. À mon avis, on n'aurait pas dû avoir recours au rapport du juge du procès. Le faire signifierait que la décision d'ordonner un nouveau procès reposerait sur le rapport même qui n'aurait pas dû être pris en considération. Rien n'indique que des éléments de preuve pertinents ont été cachés au jury en l'espèce, ni qu'une erreur de droit a été commise au cours de l'exposé au jury. Rien n'indique non plus que le juge du procès n'a pas passé en revue avec le jury tous les éléments de preuve pertinents ni présenté la thèse du ministère public et celle de la défense. Le nouveau procès proposé résulte uniquement du fait que le juge du procès n'a pas fait de commentaires au sujet de la preuve. En l'espèce, il n'était ni obligatoire ni nécessaire que le juge du procès fasse, au sujet de la preuve, des commentaires autres que ceux qu'il a fait à bon droit dans son exposé qui, de l'avis de tous, était équitable.

Il est vrai que, dans un procès criminel, l'équité du processus doit surtout être appréciée du point de vue de l'accusé. Pourtant, elle doit être aussi considérée du point de vue de la collectivité et du plaignant. Il appert, à tout point de vue, que l'intimé a subi un procès équitable. Ce dont on se plaint véritablement, c'est que le verdict du jury n'était pas satisfaisant aux yeux du juge du procès. À moins d'admettre que la décision du jury, fondée sur des éléments de preuve pertinents et admissibles et rendue à la suite d'un exposé équitable et irréprochable, peut être infirmée pour le motif qu'elle est

on the grounds that it is contrary to the decision which the trial judge might have reached, there should not be any interference with that verdict.

### Conclusion

In summary then, a report from a trial judge should not be routinely requested by a Court of Appeal. It should only be sought where something cannot be ascertained from the transcript as agreed upon by counsel. The report of the trial judge should not have been considered by the Court of Appeal in this case. The charge to the jury was fair and did not contain any errors that would necessitate a new trial. In the result, I can come to no other conclusion than that the appeal must be allowed and the conviction restored.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and Justice Cory herein. Both have concluded that the report of the trial judge herein was not authorized by s. 682(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. I agree with Cory J. as to the circumstances in which such a report should be made. I agree with the Chief Justice, however, that the report having been made and received, it discloses an error of law which might have affected the verdict. This cannot be ignored. Cory J. reviews extensive passages in the charge to the jury which adequately sets out “the problems that they should consider in assessing the evidence of the complainant” (p. 197). These comments, when considered in the absence of the trial judge’s views as to the credibility of the complainant, are fair. Nonetheless, but for an error of law, the trial judge would have added a comment with respect to the reliability of the evidence of the complainant. For the reasons stated by the Chief Justice, the trial judge was entitled to make such a comment which would have enured to the benefit of the accused. I agree with the Chief Justice that, absent the error in law, the verdict would not necessarily have been the same. I would, therefore,

contraire à la décision qu’aurait pu rendre le juge du procès, il n’y a pas lieu de modifier ce verdict.

### <sup>a</sup> Conclusion

Somme toute, le tribunal d’appel ne devrait pas systématiquement demander au juge du procès de lui présenter un rapport. Il conviendrait de ne demander ce rapport que si quelque chose ne peut être vérifié au moyen de la transcription sur laquelle se sont entendus les avocats. En l’espèce, la Cour d’appel n’aurait pas dû tenir compte du rapport du juge du procès. L’exposé du juge au jury était équitable et ne contenait pas d’erreurs qui nécessiteraient la tenue d’un nouveau procès. En définitive, je ne puis que conclure qu’il faut <sup>d</sup> accueillir le pourvoi et rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

<sup>e</sup> LE JUGE SOPINKA (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs rédigés ici par le Juge en chef et le juge Cory. Tous deux ont conclu que le rapport du juge du procès en l’espèce n’était pas autorisé par le par. 682(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je partage l’avis du juge Cory quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu de faire un tel rapport. Cependant, je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire que le rapport qui a été fait et reçu révèle l’existence d’une erreur de droit qui aurait pu influencer sur le verdict. On ne saurait passer cela sous silence. Le juge Cory examine de longs extraits de l’exposé au jury qui énonce <sup>h</sup> adéquatement «les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du plaignant» (p. 197). Compte tenu de l’absence d’une opinion exprimée par le juge du procès quant à la crédibilité du plaignant, ces observations sont justes. Cependant, n’eût été une erreur de droit, le juge du procès aurait ajouté un commentaire sur la fiabilité de la preuve du plaignant. Pour les raisons exposées par le Juge en chef, le juge du procès avait le droit de faire un tel commentaire qui aurait <sup>i</sup> bénéficié à l’accusé. Je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire qu’en l’absence de l’erreur de

dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

*Appeal allowed, LAMER C.J. and SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Ken Tjosvold, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: A. Clayton Rice, Edmonton.*

droit commise le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Je statuerais donc sur le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Ken Tjosvold, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: A. Clayton Rice, Edmonton.*



**South Nation River Conservation Authority  
and Kostuch Engineering  
Limited Appellants**

v.

**Auto Concrete Curb Ltd. Respondent**

INDEXED AS: AUTO CONCRETE CURB LTD. v. SOUTH  
NATION RIVER CONSERVATION AUTHORITY

File No.: 23090.

1993: June 14; 1993: September 9.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,  
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Torts — Duty of care — Negligent misrepresentation  
relied on to detriment of another — Tendering process  
— Contract awarded on basis of proposal to use certain  
engineering process — Loss incurred when permits  
required for process not granted and alternative process  
adopted by contractor — Specifications drafted by engi-  
neering firm not warning of need for permits or of possi-  
ble difficulty in obtaining them — Whether duty of care  
to warn of the need for permits.*

Auto Concrete Curb Ltd. (the contractor) successfully  
tendered to dredge the River South Nation with a propo-  
sal based on using a suction method which required  
large disposal sites where the water could be separated  
from the sludge and returned to the river. When it could  
not obtain the permits necessary to this method, it had to  
adopt other procedures and incurred a considerable loss.  
The contractor, in its suit against the engineering firm  
which had prepared the specifications and against the  
conservation authority, alleged that the engineer's fail-  
ure to tell it about the need to get permits and to warn it  
that this might be difficult to do constituted a negligent  
misrepresentation upon which it relied to its detriment.  
The courts below held for the contractor.

*Held:* The appeal should be allowed.

**Société d'aménagement de la rivière Nation-  
Sud et Kostuch Engineering  
Limited Appelantes**

a  
c.

**Auto Concrete Curb Ltd. Intimée**

b RÉPERTORIÉ: AUTO CONCRETE CURB LTD. c. SOCIÉTÉ  
D'AMÉNAGEMENT DE LA RIVIÈRE NATION-SUD

N° du greffe: 23090.

1993: 14 juin; 1993: 9 septembre.

c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,  
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

d

*Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence  
— Déclaration inexacte faite par négligence à laquelle  
une personne s'est fiée à son détriment — Appel d'offres  
— Adjudication de contrat fondée sur une proposition  
de recourir à une certaine méthode conçue par des ingé-  
nieurs — Perte découlant du refus d'accorder les permis  
nécessaires pour utiliser cette méthode et de l'adoption  
d'une autre méthode par l'entrepreneur — Cahier des  
charges préparé par le cabinet d'ingénieurs ne mention-  
nant pas la nécessité d'obtenir des permis ni la possibi-  
lité qu'ils soient difficiles à obtenir — Y a-t-il une obli-  
gation de diligence d'avertir de la nécessité d'obtenir  
des permis?*

e  
f  
g  
h  
i  
j  
Auto Concrete Curb Ltd. (l'entrepreneur) s'est vu  
adjudger le contrat de dragage de la rivière Nation-Sud,  
après avoir proposé de recourir à une méthode de suc-  
cion qui nécessitait de vastes terrains de déversement où  
l'eau serait séparée de la boue et retournée à la rivière.  
Comme il n'a pu obtenir les permis nécessaires pour uti-  
liser cette méthode, l'entrepreneur a dû recourir à  
d'autres procédés et a subi une perte considérable. Lors  
des poursuites qu'il a intentées contre le cabinet d'ingé-  
nieurs qui avait préparé le cahier des charges et contre la  
société d'aménagement, l'entrepreneur a allégué que  
l'omission de l'ingénieur de l'informer de la nécessité  
d'obtenir des permis et de l'avertir qu'ils pourraient être  
difficiles à obtenir constituait une déclaration inexacte  
faite par négligence à laquelle il s'est fié à son détri-  
ment. Les juridictions inférieures ont statué en faveur de  
l'entrepreneur.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

The standard of care imposed on an engineer preparing tender documents does not require it to advise prospective contractors of the need to obtain permits to do the work by the particular method they propose. Barring specific arrangements to the contrary, the method by which a contractor chooses to execute the work falls within its sphere of responsibility, and neither the owner nor the design professionals employed by the owner have a duty to advise the contractor as to what method to choose, or how to go about accomplishing the work by whatever method the contractor in fact chooses. This settled rule defines legal responsibility and is not abrogated by the fact that some design professionals may in fact choose to advise contractors on the methods they choose to use and on problems which may be associated with the choice of a particular method. The engineer here was not under a duty of care to advise the contractor about problems it might encounter in obtaining permits to do the work in the fashion it proposed.

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Paradis & Farley Inc.*, [1942] S.C.R. 10; *Vermont Construction Inc. v. Beatson*, [1977] 1 S.C.R. 758; *Temar Construction Ltd. v. West Hill Redevelopment Co.* (1986), 21 C.L.R. 156.

#### Authors Cited

*Halsbury's Laws of England*, vol. 4, 4th ed. London: Butterworths.  
 Hudson, Alfred Arthur. *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th ed. By I. N. Duncan Wallace. London: Sweet & Maxwell, 1970.  
 McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 89 D.L.R. (4th) 393, 54 O.A.C. 351, 2 C.L.R. (2d) 262, with supplementary reasons (1992), 89 D.L.R. (4th) 403, 55 O.A.C. 380, 2 C.L.R. (2d) 272, dismissing an appeal, allowing a cross-appeal and varying a judgment of Yates J. (1988), 30 C.L.R. 245. Appeal allowed.

*J. Bruce Carr-Harris, Kevin P. Nearing and Bernard McGarva*, for the appellants.

La norme de diligence imposée à l'ingénieur qui prépare un appel d'offres ne l'oblige pas à informer les entrepreneurs éventuels de la nécessité d'obtenir des permis pour effectuer les travaux au moyen de la méthode particulière qu'ils proposent. À moins d'arrangements contraires précis, la méthode qu'un entrepreneur choisit pour exécuter les travaux relève de sa responsabilité et ni le propriétaire ni les concepteurs professionnels qui travaillent pour ce dernier n'ont l'obligation de conseiller l'entrepreneur sur la méthode à choisir ou sur la façon de s'y prendre pour exécuter les travaux, quelle que soit la méthode que l'entrepreneur choisit en fait. Cette règle établie définit la responsabilité juridique et n'est pas abolie du fait que certains concepteurs professionnels peuvent effectivement choisir de conseiller les entrepreneurs sur les méthodes qu'ils décident d'utiliser et sur les problèmes qui peuvent être associés au choix d'une méthode particulière. L'ingénieur en l'espèce n'avait pas le devoir de diligence de conseiller l'entrepreneur sur les problèmes qu'il pourrait avoir à obtenir des permis pour effectuer les travaux de la façon qu'il proposait.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Paradis & Farley Inc.*, [1942] R.C.S. 10; *Vermont Construction Inc. c. Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758; *Temar Construction Ltd. c. West Hill Redevelopment Co.* (1986), 21 C.L.R. 156.

#### Doctrine citée

*Halsbury's Laws of England*, vol. 4, 4th ed. London: Butterworths.  
 Hudson, Alfred Arthur. *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th ed. By I. N. Duncan Wallace. London: Sweet & Maxwell, 1970.  
 McLachlin, Beverley M., and Wilfred J. Wallace. *The Canadian Law of Architecture and Engineering*. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 89 D.L.R. (4th) 393, 54 O.A.C. 351, 2 C.L.R. (2d) 262, avec motifs supplémentaires (1992), 89 D.L.R. (4th) 403, 55 O.A.C. 380, 2 C.L.R. (2d) 272, qui a rejeté un appel, accueilli un appel incident et modifié un jugement du juge Yates (1988), 30 C.L.R. 245. Pourvoi accueilli.

*J. Bruce Carr-Harris, Kevin P. Nearing et Bernard McGarva*, pour les appelantes.

*P. Donald Rasmussen*, for the respondent.

*P. Donald Rasmussen*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

MCLACHLIN J. — This appeal arises out of a contract for dredging of the South Nation River. The contractor, Auto Concrete Curb Ltd., was the successful tenderer for the project. The contractor's proposal was based on doing the work by a suction method which required large disposal sites where the water would be separated from the sludge and returned to the river. The method which had been employed by other contractors on other sections of the work was different; it involved removing the sludge mechanically with backhoes and hauling it away in trucks. The contractor was unable to obtain the necessary permits for doing the work by the suction method. Consequently it had to adopt other procedures and lost considerable money.

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi résulte d'un contrat de dragage de la rivière Nation-Sud. L'entrepreneur, Auto Concrete Curb Ltd., s'est vu adjudger le contrat en question. Il proposait de recourir à une méthode de succion qui nécessitait de vastes terrains de déversement où l'eau serait séparée de la boue et retournée à la rivière. La méthode qui avait été employée par d'autres entrepreneurs sur d'autres tronçons des travaux était différente; elle consistait à enlever la boue au moyen de pelles rétrocaveuses mécaniques et à la transporter ailleurs par camion. L'entrepreneur n'a pas pu obtenir les permis nécessaires pour effectuer les travaux en utilisant la méthode de succion. Par conséquent, il a dû recourir à d'autres procédés et a perdu beaucoup d'argent.

The respondent contractor sued Kostuch Engineering Limited, the engineering firm which had prepared the specifications and South Nation River Conservation Authority which had published the invitation for tender. The basis of the suit was the allegation that the engineer should have told the contractor about the need to get permits and warned the contractor that this might be difficult to do. The failure to do so, it was alleged, constituted a negligent misrepresentation upon which the contractor relied to its detriment.

L'entrepreneur intimé a poursuivi Kostuch Engineering Limited, le cabinet d'ingénieurs qui avait préparé le cahier des charges, et la Société d'aménagement de la rivière Nation-Sud qui avait publié l'appel d'offres. L'action reposait sur l'allégation selon laquelle l'ingénieur aurait dû informer l'entrepreneur de la nécessité d'obtenir des permis et l'avertir qu'ils pourraient être difficiles à obtenir. L'omission de le faire, a-t-on soutenu, constituait une déclaration inexacte faite par négligence à laquelle l'entrepreneur s'est fié à son détriment.

The courts below held for the contractor. Based on the evidence of engineers who testified at trial, the trial judge found that sludge dredging would have been within the contemplation of a competent engineer in the preparation of the tender document for the project. On this basis, he concluded that the tender documents were negligently prepared in that they failed to specify restrictions or reservations about the excavation method and failed to warn of permits required on the suction method. The Court of Appeal (1992), 89 D.L.R. (4th) 393, declined to interfere with this conclusion.

Les juridictions inférieures ont statué en faveur de l'entrepreneur. Se fondant sur les témoignages présentés au procès par des ingénieurs, le juge de première instance a statué qu'un ingénieur compétent aurait prévu le dragage de la boue en préparant l'appel d'offres relatif au projet. Compte tenu de cela, il a conclu que l'appel d'offres avait été préparé de façon négligente puisqu'on n'y formulait aucune restriction ou réserve au sujet de la méthode d'excavation, ni aucun avertissement au sujet des permis requis pour utiliser la méthode de succion. La Cour d'appel (1992), 89 D.L.R. (4th) 393, a refusé de modifier cette conclusion.

In my respectful opinion, the courts below erred in holding that the standard of care imposed on an engineer preparing tender documents requires it to advise prospective contractors of the need to obtain permits to do the work by the particular method they propose. While it may be that the engineers who testified suggested they might have done this, that is not conclusive of the legal standard of care. It was necessary to go beyond the evidence to consider what the legal standard of care was in these circumstances.

It has long been established that, barring specific arrangements to the contrary, the method by which a contractor chooses to execute the work falls within its sphere of responsibility, and that neither the owner nor the design professionals employed by the owner have a duty to advise the contractor as to what method to choose, or how to go about accomplishing the work by whatever method the contractor in fact chooses. (See *R. v. Paradis & Farley Inc.*, [1942] S.C.R. 10, at p. 18; *Vermont Construction Inc. v. Beatson*, [1977] 1 S.C.R. 758, at pp. 767-68; *Temar Construction Ltd. v. West Hill Redevelopment Co.* (1986), 21 C.L.R. 156 (Ont. H.C.), at pp. 168-69; Beverley M. McLachlin and Wilfred J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, at p. 145; *Hudson's Building and Engineering Contracts* (10th ed. 1970), at pp. 529-30; *Halsbury's Laws of England*, vol. 4, 4th ed., at p. 626, para. 1231, and at p. 686, para. 1344). This settled rule defines legal responsibility and is not abrogated by the fact that some design professionals may in fact choose to advise contractors on the methods they choose to use and on problems which may be associated with the choice of a particular method.

Applying this rule to the facts in the case at bar, I am satisfied that the engineer was not under a duty of care to advise the contractor about problems it might encounter in obtaining permits to do the work in the fashion it proposed. It was also argued that in any event, the contractor had

J'estime, en toute déférence, que les juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que la norme de diligence imposée à l'ingénieur qui prépare un appel d'offres l'oblige à informer les entrepreneurs éventuels de la nécessité d'obtenir des permis pour effectuer les travaux au moyen de la méthode particulière qu'ils proposent. Même si les ingénieurs qui ont témoigné ont laissé entendre qu'ils auraient pu le faire, ce n'est pas concluant en ce qui concerne la norme juridique de diligence applicable. Il fallait aller au-delà des témoignages et examiner quelle norme juridique de diligence s'appliquait dans ces circonstances.

Il est établi depuis longtemps qu'à moins d'arrangements contraires précis la méthode qu'un entrepreneur choisit pour exécuter les travaux relève de sa responsabilité et que ni le propriétaire ni les concepteurs professionnels qui travaillent pour ce dernier n'ont l'obligation de conseiller l'entrepreneur sur la méthode à choisir ou sur la façon de s'y prendre pour exécuter les travaux, quelle que soit la méthode que l'entrepreneur choisit en fait. (Voir *R. c. Paradis & Farley Inc.*, [1942] R.C.S. 10, à la p. 18; *Vermont Construction Inc. c. Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758, aux pp. 767 et 768; *Temar Construction Ltd. c. West Hill Redevelopment Co.* (1986), 21 C.L.R. 156 (H.C. Ont.), aux pp. 168 et 169; Beverley M. McLachlin et Wilfred J. Wallace, *The Canadian Law of Architecture and Engineering*, à la p. 145; *Hudson's Building and Engineering Contracts* (10<sup>e</sup> éd. 1970), aux pp. 529 et 530; *Halsbury's Laws of England*, vol. 4, 4<sup>e</sup> éd., à la p. 626, par. 1231, et à la p. 686, par. 1344). Cette règle établie définit la responsabilité juridique et n'est pas abolie du fait que certains concepteurs professionnels peuvent effectivement choisir de conseiller les entrepreneurs sur les méthodes qu'ils décident d'utiliser et sur les problèmes qui peuvent être associés au choix d'une méthode particulière.

En appliquant cette règle aux faits de la présente affaire, je suis convaincue que l'ingénieur n'avait pas le devoir de diligence de conseiller l'entrepreneur sur les problèmes qu'il pourrait rencontrer dans l'obtention des permis pour effectuer les travaux de la façon qu'il proposait. On a également

not relied on the engineer. I find it unnecessary to consider this question.

I would allow the appeal with costs to the appellants throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Scott & Aylen, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Rasmussen, Starr, Ruddy, Ottawa.*

soutenu que, de toute façon, l'entrepreneur ne s'était pas fié à l'ingénieur. J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

<sup>a</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur des appelantes dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

<sup>b</sup> *Procureurs des appelantes: Scott & Aylen, Ottawa.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'intimée: Rasmussen, Starr, Ruddy, Ottawa.*

**Edgeworth Construction Ltd.** *Appellant*

v.

**N. D. Lea & Associates Ltd.** *Respondent*

and

**Pacific Coast Energy Corp., Westcoast Energy Inc. and Intec Engineering Inc.** *Intervenors*

and between

**Edgeworth Construction Ltd.** *Appellant*

v.

**N. N. Walji, Graham A. Fary, Warren Reid and persons whose names are unknown to the Plaintiff** *Respondents*

INDEXED AS: EDGEWORTH CONSTRUCTION LTD. v. N. D. LEA & ASSOCIATES LTD.

File No.: 22429.

1993: June 14; 1993: September 30.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Duty of care — Negligent misrepresentation — Engineering firm designing and stating specifications for road construction project — Construction firm bid based on engineers' work — Construction contract signed with province — Construction delays occurring because of faulty design and specifications — Whether respondent engineers owed duty of care to appellant.*

Appellant successfully bid on a road building contract and entered into a contract with the province for the work. It alleged that it lost money on the project due to errors in the specifications and construction drawings and commenced proceedings for negligent misrepresenten-

**Edgeworth Construction Ltd.** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **N. D. Lea & Associates Ltd.** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Pacific Coast Energy Corp., Westcoast Energy Inc. et Intec Engineering Inc.** *Intervenantes*

<sup>c</sup> et entre

**Edgeworth Construction Ltd.** *Appelante*

c.

<sup>d</sup> **N. N. Walji, Graham A. Fary, Warren Reid et les personnes dont la demanderesse ignore le nom** *Intimés*

<sup>e</sup> RÉPERTORIÉ: EDGEWORTH CONSTRUCTION LTD. c. N. D. LEA & ASSOCIATES LTD.

N° du greffe: 22429.

<sup>f</sup> 1993: 14 juin; 1993: 30 septembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

<sup>g</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Conception et établissement par un cabinet d'ingénieurs de plans et devis pour un projet de construction de route — Soumission de l'entrepreneur basée sur les travaux des ingénieurs — Contrat de construction signé avec la province — Retards dans la construction dus à des erreurs dans les plans et devis — Les ingénieurs intimés avaient-ils une obligation de diligence envers l'appelante?*

L'appelante a présenté une soumission, qui a été retenue, relativement à des travaux de construction de route et a conclu un contrat avec la province à cette fin. Elle soutient avoir perdu de l'argent dans le projet en raison d'erreurs dans les devis et plans d'exécution et a intenté

tation against both respondent engineering firm which prepared those drawings and the individual engineers who affixed their seals to the drawings.

On a pre-trial motion, the chambers judge ruled that appellant was not entitled to pursue its action against the engineers and held that its only recourse was against the province under its contract. The Court of Appeal upheld this decision, holding that the engineers did not owe a duty of care to appellant. At issue here were: (1) whether respondent engineering firm owed no duty of care in law to the appellant, and, in particular, whether there was not a sufficient degree of proximity existing between the appellant and the engineering firm in order to found a duty of care; and (2) whether the individual respondents owed a duty of care in law to the appellant.

*Held:* The appeal should be allowed against N. D. Lea & Associates Ltd. and should be dismissed against the individual engineers.

*Per Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.:* Liability for negligent misrepresentation arises where a person makes a representation knowing that another may rely on it, and the plaintiff in fact relies on the representation to its detriment. The facts here established a *prima facie* cause of action against the engineering firm and the contract between the contractor and the province did not negate the duty of care.

The province did not assume the risks said to be previously held by the engineers. The engineers' work did not cease to be representations of the engineers even though it became a representation of the province when it was incorporated in the tender package and the contract. The contractor was relying on the accuracy of the engineers' design just as much after it entered into the contract as before. Neither the Ministry nor the contractor ever assumed the risk of errors in the engineers' work.

The contract stipulated that any representations in the tender documents were for the general information of bidders and were not in anyway warranted or guaranteed by or on behalf of the Minister. This absolved the province from any liability for the plans. The exemption expressly extended only to warranties by or on behalf of

des poursuites pour déclaration inexacte faite par négligence contre le cabinet d'ingénieurs intimé qui a préparé les plans ainsi que contre les ingénieurs, pris individuellement, qui ont apposé leur sceau sur les plans.

À la suite d'une requête préliminaire, le juge en chambre a statué que l'appelante n'avait pas le droit d'intenter des poursuites contre les ingénieurs et a statué que son seul recours était contre la province, en vertu de son contrat. La Cour d'appel a confirmé cette décision, concluant que les ingénieurs n'avaient pas d'obligation de diligence envers l'appelante. Il s'agit de savoir en l'espèce (1) si le cabinet d'ingénieurs intimé n'avait en droit aucune obligation de diligence envers l'appelante et, en particulier, s'il n'existait pas un lien suffisamment étroit entre l'appelante et le cabinet d'ingénieurs pour justifier une obligation de diligence; et (2) si les intimés, pris individuellement, avaient en droit une obligation de diligence envers l'appelante.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli contre N. D. Lea & Associates Ltd. et rejeté contre les ingénieurs, pris individuellement.

*Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major:* Il y a responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu'une personne fait une déclaration, tout en sachant qu'une autre personne peut s'y fier, et qu'en fait la partie demanderesse se fie à la déclaration à son détriment. Les faits en l'espèce établissent l'existence, à première vue, d'une cause d'action contre le cabinet d'ingénieurs et le contrat intervenu entre l'entrepreneur et la province n'a pas annulé l'obligation de diligence.

La province n'a pas assumé les risques qu'on disait assumés précédemment par les ingénieurs. Les travaux des ingénieurs n'ont pas cessé d'être des déclarations de ces derniers même s'ils sont devenus des déclarations de la province lorsqu'ils ont été inclus dans le dossier de l'appel d'offres et dans le contrat. L'entrepreneur se fiait à l'exactitude des plans des ingénieurs autant après avoir conclu le contrat qu'avant. Le Ministère et l'entrepreneur n'ont jamais assumé le risque d'erreurs dans les travaux des ingénieurs.

Le contrat prévoyait que toute déclaration dans l'appel d'offres était fournie uniquement pour l'information générale des soumissionnaires et n'était d'aucune façon garantie par le Ministre ou en son nom. Cette clause exonérait la province de toute responsabilité pour les plans. L'exonération s'étendait, d'après ses termes exprès, uniquement aux garanties offertes par le Ministre ou en son nom. Elle n'avait pas pour objet de déga-

the Minister. It did not purport to protect the engineers against liability for their representations.

The engineers, who were not parties to the contract, could not claim the benefit of the contract's exclusion of liability for the representations in the tender documents. While the doctrine of privity of contract does not preclude contractual exclusions for negligence being extended to provide protection for the employees actually charged with doing the work, the contract clause, which provides protection expressly or by implication, must be established to be for the benefit of the persons who claim its protection. This was not done here and the facts did not give rise to an inference that the exemption was intended to include the engineers. The exemption clause was entirely consistent with the conclusion that the protection was intended for the benefit of the province alone. Moreover, the engineering firm could have taken measures to protect itself from the liability in question by placing a disclaimer on the design, by requiring a supervisory role for itself or by acquiring insurance.

The presence of a contract does not bar the right to sue except where the parties to the contract have themselves defined their obligations by contract so that the contract must prevail over a different duty which tort law might impose. People are free to determine their own civil rights and responsibilities. In this case, the contract was not between the plaintiff and the defendant and did not purport to limit the tort duty which is owed by the defendant engineering firm to the contractor.

The claim at bar was for negligent misrepresentation and did not import considerations of sufficient proximity and economic loss. Claims for pure economic loss may be brought for negligent misrepresentation.

Policy considerations did not negate the imposition of tort liability. If the conditions for liability stipulated in *Hedley Byrne* are met, it is difficult to conceive a valid policy reason why a duty of care should not be held to arise. Permitting the engineering firm to be sued in tort does not circumvent any contractual promise. The responsibility of the engineering firm arises from its own misrepresentation, coupled with the knowledge that contractors will be relying on it and acting on it without

ger les ingénieurs de la responsabilité découlant de leurs déclarations.

Les ingénieurs, qui n'étaient pas parties au contrat, ne pouvaient pas invoquer la clause contractuelle d'exonération de responsabilité découlant des déclarations contenues dans l'appel d'offres. Le principe du lien contractuel n'empêche pas d'étendre les clauses contractuelles d'exonération pour négligence à la protection des employés chargés d'effectuer le travail, mais il faut démontrer que la clause contractuelle, qui prévoit expressément ou implicitement la protection, a été établie pour l'avantage des personnes qui l'invoquent. Cela n'a pas été fait en l'espèce et les faits ne donnent pas lieu à la déduction que l'exonération visait à protéger les ingénieurs. La clause d'exonération est entièrement conforme à la conclusion que c'est uniquement la province qui devait bénéficier de la protection. En outre, le cabinet d'ingénieurs aurait pu prendre des mesures pour se protéger contre la responsabilité en question par l'insertion d'une stipulation d'exonération de responsabilité dans les plans, en exigeant de jouer lui-même un rôle de surveillance ou en souscrivant une assurance.

L'existence d'un contrat n'empêche pas d'intenter une action, sauf lorsque les parties au contrat y ont défini elles-mêmes leurs obligations de façon que le contrat l'emporte sur une obligation différente que le droit de la responsabilité délictuelle pourrait imposer. Les gens sont libres de déterminer leurs propres droits et responsabilités civils. En l'espèce, le contrat n'a pas été conclu entre la partie demanderesse et la partie défenderesse et il n'a pas pour objet de limiter l'obligation en matière délictuelle que la partie défenderesse, le cabinet d'ingénieurs, a envers l'entrepreneur.

Il s'agit en l'espèce d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence, qui ne comporte pas de considérations de lien suffisamment étroit ni de perte économique. Il est possible d'intenter des actions pour perte purement économique découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence.

Aucune considération de principe ne rend impossible l'imposition de la responsabilité délictuelle. Si les conditions de responsabilité énoncées dans l'arrêt *Hedley Byrne* sont remplies, il est difficile de concevoir une bonne raison de principe pour laquelle on ne devrait pas conclure qu'une obligation de diligence prend naissance. Permettre que le cabinet d'ingénieurs fasse l'objet d'une action fondée sur la responsabilité délictuelle ne revient pas à se soustraire à une promesse contractuelle. En l'absence de toute stipulation d'exonération de responsabilité, la responsabilité du cabinet d'ingé-



practical opportunity for independent inquiry, in the absence of any disclaimer of responsibility.

Plaintiffs may sue concurrently in tort and in contract, provided the contract does not negate the imposition of the duty of care. Here, if the only recourse for a claim for design defects were a suit against the owner in contract, no claim for design defects would be possible because of the clause excluding responsibility for design defects.

The short tendering term indicated that the contractor was expected to rely on the design and documents prepared by the engineering firm. There was no time for a contractor to conduct a thorough professional review of the accuracy of the engineering firm's work and the duplication of this work would be costly. As a matter of policy, good practical and economic sense required that the responsibility for the adequacy of the design be placed on the shoulders of the designing engineering firm, assuming reasonable reliance and barring disclaimers. The risk of liability to compensate third parties for design error will be reflected in the cost of the engineers' services to the owner inviting tenders.

The position of the individual engineers was different. The only basis upon which they were sued was the fact that each of them affixed his seal to the design documents. This was insufficient to establish a duty of care between the individual engineers and appellant. The seal attests that a qualified engineer prepared the drawing. It is not a guarantee of accuracy.

*Per La Forest J.:* While general agreement was expressed with McLachlin J.'s reasons and her disposition of the appeal, some comments about the claim against the individual engineers as it related to *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* were added. The difference between the professional engineers here and the ordinary workers who were not absolved from liability flowing from their negligence in the course of their employment was not apparent at the level of principle and the fact that one case dealt with economic loss and the other with physical damage was irrelevant absent an issue of indeterminacy. Several technical distinctions exist between the ordinary tort of negligence and negligent misrepresentation. In particu-

niers découle de sa propre déclaration inexacte, conjuguée à sa connaissance que les entrepreneurs s'y fieraient et prendraient des mesures en conséquence, sans avoir la possibilité de se renseigner ailleurs.

<sup>a</sup> Les demandeurs peuvent tenter une action fondée à la fois sur un contrat et sur la responsabilité délictuelle, pourvu que le contrat n'annule pas l'imposition d'une obligation de diligence. En l'espèce, si le seul recours pour des vices de conception consistait à tenter contre le propriétaire une action fondée sur le contrat, il ne serait pas possible de poursuivre pour vices de conception à cause de la clause d'exonération de responsabilité à cet égard.

<sup>b</sup> La brève période d'appel d'offres porte à croire qu'on s'attendait à ce que l'entrepreneur se fie aux plans et documents préparés par le cabinet d'ingénieurs. L'entrepreneur n'avait pas le temps d'effectuer un examen professionnel approfondi de l'exactitude du travail du cabinet d'ingénieurs et le dédoublement de ce travail serait coûteux. En principe, il est logique, sur les plans pratique et économique, de faire assumer par le cabinet d'ingénieur concepteur la responsabilité de l'exactitude des plans, à supposer qu'il y ait une confiance raisonnable en lui et qu'il n'y ait pas de stipulation d'exonération. Le risque de responsabilité d'indemniser des tiers pour une erreur de conception se reflétera dans ce qu'il en coûtera au propriétaire qui fait l'appel d'offres, pour retenir les services d'ingénieurs.

<sup>c</sup> La situation des ingénieurs pris individuellement était différente. Le seul motif de les poursuivre était le fait que chacun d'eux a apposé son sceau sur les plans. Cela ne suffisait pas à établir l'existence d'une obligation de diligence entre les ingénieurs, pris individuellement, et l'appelante. Le sceau atteste qu'un ingénieur compétent a préparé les plans. Il ne s'agit pas d'une garantie d'exactitude.

<sup>d</sup> Le juge La Forest: Les motifs du juge McLachlin sont acceptés en général de même que la façon dont elle tranche le pourvoi, mais certaines observations sont faites au sujet de l'action contre les ingénieurs, pris individuellement, dans la mesure où elle fait intervenir l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.* La différence entre les ingénieurs professionnels en l'espèce et les travailleurs ordinaires qui n'ont pas été exonérés de la responsabilité découlant de la négligence dont ils font preuve dans le cadre de leur emploi n'était pas évidente en principe, et le fait que dans une affaire, on traite d'une perte économique et, dans l'autre, d'un préjudice physique, n'était pas pertinent en l'absence d'une question d'indétermination. Il existe plusieurs dis-

lar, under negligent misrepresentation the representee must have relied, in a reasonable manner, on the negligent representation. The individual engineers can be absolved from liability on this basis because, on balance, there are sound policy reasons why they should not be subjected to a duty to the appellant. The appellant here was quite reasonably relying on the skills of the engineering firm and the firm in turn must be taken to have recognized that persons in the respondents' position would rely on their work and act accordingly. The relationship can be described both in terms of reliance and of voluntary assumption of risk. The individual engineers, however, notwithstanding appellant's reliance on their work, would expect that the appellant would place reliance on their firm's pocketbook and not theirs for indemnification. The appellant could not reasonably rely for indemnification on the individual engineers because it would have to show that it was relying on the particular expertise of an individual engineer without regard to the corporate character of the engineering firm. The mere presence of an individual engineer's seal was not sufficient indication of personal reliance or voluntary assumption of risk.

tinctions techniques entre le délit ordinaire de négligence et la déclaration inexacte faite par négligence. En particulier, dans le dernier cas, la personne à qui a été faite la déclaration par négligence doit s'être fondée raisonnablement sur cette déclaration. Les ingénieurs pris individuellement peuvent être exonérés pour ce motif parce que, tout bien considéré, il y a de bonnes raisons de principe de ne pas les assujettir à une obligation envers l'appelante. En l'espèce, l'appelante se fondait raisonnablement sur les compétences du cabinet d'ingénieurs et il faut donc considérer que ce dernier a reconnu que les personnes dans la situation des intimés se fieraient à ses travaux et agiraient en conséquence. Le rapport peut être formulé à la fois en termes de confiance et comme une question d'acceptation volontaire du risque. Toutefois, les ingénieurs pris individuellement, bien que l'appelante se soit fier à leurs travaux, s'attendaient à ce que celle-ci se fie à la solvabilité de leur cabinet et non à la leur pour se faire indemniser. L'appelante ne pouvait pas raisonnablement se fier aux ingénieurs pris individuellement pour se faire indemniser parce qu'il lui faudrait démontrer qu'elle se fiait à l'expertise particulière d'un ingénieur donné, sans égard au fait que le cabinet d'ingénieurs est une personne morale. La simple présence du sceau d'un ingénieur ne constituait pas une indication suffisante de confiance personnelle ni d'acceptation volontaire du risque.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Considered:** *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; **referred to:** *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

By La Forest J.

**Distinguished:** *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299.

### Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

### Jurisprudence

f Citée par le juge McLachlin

**Arrêt examiné:** *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; **arrêts mentionnés:** *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

Citée par le juge La Forest

**Distinction d'avec l'arrêt:** *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

### Doctrine citée

j Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, [1991] 4 W.W.R. 251, 7 C.C.L.T. (2d) 177, 44 C.L.R. 88, 1 B.L.R. (2d) 188, dismissing an appeal from a judgment of Meredith J. (1989), 37 C.L.R. 152, dismissing the action. Appeal allowed against N. D. Lea & Associates Ltd. and dismissed against the individual engineers.

*James P. Taylor, Q.C., and Joanne R. Lysyk, for the appellants.*

*Glenn A. Urquhart and Nathan H. Smith, for the respondent N. D. Lea & Associates Ltd.*

*G. K. MacIntosh, Q.C., and J. Kenneth McEwan, for the interveners.*

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice McLachlin. I am in general agreement with her and would dispose of the appeal as she proposes. However, I wish to add some comments about the claim against the individual engineers.

This case comes hot on the heels of *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, where the majority was unwilling to absolve ordinary workers from liability flowing from their negligence in the course of their employment except to the extent that a contractual exemption from liability had been entered into by their employer, whereas in this case the professional employees who, one would have thought, were in a better position to take steps to protect themselves, are absolved from liability resulting from their negligence in the absence of any exonerating contract. It will be evident from my dissent in *London Drugs* that such a distinction, in so far as it favours professional employees, is, at the level of principle, lost on me. And it does not matter that in one case one is dealing with economic loss and in the other with physical damage;

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, [1991] 4 W.W.R. 251, 7 C.C.L.T. (2d) 177, 44 C.L.R. 88, 1 B.L.R. (2d) 188, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Meredith (1989), 37 C.L.R. 152, qui avait rejeté l'action. Pourvoi accueilli contre N. D. Lea & Associates Ltd. et rejeté contre les ingénieurs pris individuellement.

*James P. Taylor, c.r., et Joanne R. Lysyk, pour l'appelante.*

*Glenn A. Urquhart et Nathan H. Smith, pour l'intimée N. D. Lea & Associates Ltd.*

*G. K. MacIntosh, c.r., et J. Kenneth McEwan, pour les intervenantes.*

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue le juge McLachlin. En général, je suis d'accord avec elle et je trancherais le pourvoi de la manière qu'elle propose. Toutefois, je désire ajouter certaines observations au sujet de l'action contre les ingénieurs pris individuellement.

La présente affaire suit de près l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, où la Cour à la majorité n'était pas disposée à exonérer des travailleurs ordinaires de la responsabilité découlant de la négligence dont ils font preuve dans le cadre de leur emploi, sauf dans la mesure où leur employeur a conclu un contrat comportant une clause d'exonération de responsabilité. En l'espèce, les employés professionnels, que l'on aurait cru mieux placés pour prendre des mesures pour se protéger, sont exonérés de la responsabilité découlant de leur négligence en l'absence de toute clause contractuelle d'exonération. Il ressort de ma dissidence, dans l'arrêt *London Drugs*, qu'en principe je ne saisis pas une telle distinction dans la mesure où elle favorise les employés professionnels. En outre, il importe peu que, dans une affaire, on traite d'une perte économique et, dans l'autre, d'un préjudice physique; comme le souligne ma collègue,

as my colleague notes, no issue of indeterminacy arises here.

There are, however, technical distinctions between the ordinary tort of negligence and negligent misrepresentation, in particular that under the latter the representee must have relied, in a reasonable manner, on the negligent representation. I am quite happy to rely on this technical distinction to absolve the individual engineers from liability because, on balance, it seems to me, there are sound reasons of policy why they should not be subjected to a duty to the appellant. The appellant here was quite reasonably relying on the skills of the engineering firm and the firm in turn must be taken to have recognized that persons in the position of the respondents would rely on their work and act accordingly. I have cast the relationship in terms of reliance but it may also be seen as a matter of voluntary assumption of risk. As Professor Fleming put it in *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 641, "the recipient must have had reasonable grounds for believing that the speaker expected to be trusted".

The situation of the individual engineers is quite different. While they may, in one sense, have expected that persons in the position of the appellant would rely on their work, they would expect that the appellant would place reliance on their firm's pocketbook and not theirs for indemnification; see *London Drugs, supra*, at pp. 386-87. Looked at the other way, the appellant could not reasonably rely for indemnification on the individual engineers. It would have to show that it was relying on the particular expertise of an individual engineer without regard to the corporate character of the engineering firm. It would seem quite unrealistic, as my colleague observes, to hold that the mere presence of an individual engineer's seal was sufficient indication of personal reliance (or for that matter voluntary assumption of risk). In considering the matter, other more general policy issues should be considered. As I noted in *London*

aucune question d'indétermination ne se pose en l'espèce.

Toutefois, il existe des distinctions techniques entre le délit ordinaire de négligence et la déclaration inexacte faite par négligence; en particulier, dans le dernier cas, la personne à qui a été faite la déclaration par négligence doit s'être fondée raisonnablement sur cette déclaration. Je suis plutôt heureux de pouvoir m'appuyer sur cette distinction technique afin d'exonérer de toute responsabilité les ingénieurs pris individuellement parce que, tout bien considéré, il me semble y avoir de bonnes raisons de principe de ne pas les assujettir à une obligation envers l'appelante. En l'espèce, l'appelante se fondait raisonnablement sur les compétences du cabinet d'ingénieurs et il faut donc considérer que ce dernier a reconnu que les personnes dans la situation des intimés se fieraient à ses travaux et agiraient en conséquence. J'ai formulé le rapport en termes de confiance, mais il peut également être considéré comme une question d'acceptation volontaire du risque. Comme le professeur Fleming l'affirme dans *The Law of Torts* (8<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 641, [TRADUCTION] «celui ou celle à qui s'adresse la personne qui parle doit avoir des motifs raisonnables de croire que cette dernière s'attendait à ce qu'on lui fasse confiance».

La situation des ingénieurs pris individuellement est tout à fait différente. Bien que, dans un sens, ils aient pu s'attendre à ce que les personnes dans la situation de l'appelante se fient à leurs travaux, ils s'attendraient à ce que l'appelante se fie à la solvabilité de leur cabinet et non à la leur pour se faire indemniser; voir l'arrêt *London Drugs*, précité, aux pp. 386 et 387. À l'inverse, l'appelante ne pouvait pas raisonnablement se fier aux ingénieurs pris individuellement pour se faire indemniser. Elle devrait démontrer qu'elle se fiait à l'expertise particulière d'un ingénieur donné, sans égard au fait que le cabinet d'ingénieurs est une personne morale. Comme ma collègue le fait remarquer, il serait tout à fait irréaliste de conclure que la simple présence du sceau d'un ingénieur constituait une indication suffisante de confiance personnelle (ou, quant à cela, d'acceptation volontaire du risque). En examinant cette question, il y

*Drugs, supra*, at p. 387, the case raises “with particular acuity the question of whether in effect requiring double insurance by both the firm and the employee makes sense in that context”.

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

MCLACHLIN J. — The appellant, Edgeworth Construction Ltd. (hereinafter Edgeworth), is engaged in the business of building roads in the Province of British Columbia. In 1977, it bid on a contract to build a section of highway in the Revelstoke area. Its bid was successful, and Edgeworth entered into a contract with the province for the work. Edgeworth alleges that it lost money on the project due to errors in the specifications and construction drawings. It commenced proceedings for negligent misrepresentation against the engineering firm which prepared those drawings, N. D. Lea & Associates Ltd. (hereinafter N. D. Lea) as well as the individual engineers who affixed their seals to the drawings.

#### Reasons Below

On a pre-trial motion, the chambers judge ruled that Edgeworth was not entitled to pursue its action against the engineers. In his view, Edgeworth’s only recourse was against the province under its contract with the province. The Court of Appeal ((1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180) upheld this decision, holding that the engineers did not owe a duty of care to Edgeworth. Lambert J.A., speaking for the court, stated at p. 187:

In this case Edgeworth Construction made a construction contract with the Crown, represented by the Ministry of Highways. The design of the project and the plans and specifications prepared by N.D. Lea were incorporated in the contract. They were adopted by the Ministry of Highways as the design, plans and specifications of the Ministry of Highways. They became representations

aurait lieu de tenir compte d’autres questions de principe plus générales. Comme je l’ai souligné dans *London Drugs*, précité, à la p. 387, l’affaire soulève «avec une acuité particulière la question de savoir si, en fait, il est logique dans ce contexte d’exiger une double assurance de la part du cabinet et de l’employé».

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — L’appelante, Edgeworth Construction Ltd. (ci-après Edgeworth), est une entreprise de construction de routes en Colombie-Britannique. En 1977, elle a fait une soumission en vue d’obtenir un contrat de construction d’une section de route dans la région de Revelstoke. Sa soumission ayant été retenue, Edgeworth a conclu un contrat avec la province en vue d’exécuter les travaux. Edgeworth soutient avoir perdu de l’argent dans ce projet en raison d’erreurs dans les devis et plans d’exécution. Elle a intenté des poursuites pour déclaration inexacte faite par négligence contre le cabinet d’ingénieurs qui a préparé ces plans, N. D. Lea & Associates Ltd. (ci-après N. D. Lea), ainsi que contre les ingénieurs, pris individuellement, qui ont apposé leur sceau sur les plans.

#### Les juridictions inférieures

À la suite d’une requête préliminaire, le juge en chambre a statué qu’Edgeworth n’avait pas le droit d’intenter des poursuites contre les ingénieurs. À son avis, le seul recours d’Edgeworth était contre la province, en vertu du contrat qu’elle avait conclu avec cette dernière. La Cour d’appel ((1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180) a confirmé cette décision, concluant que les ingénieurs n’avaient pas d’obligation de diligence envers Edgeworth. Le juge Lambert affirme, au nom de la cour, à la p. 187:

[TRADUCTION] En l’espèce, Edgeworth Construction a conclu un contrat de construction avec l’État, représenté par le ministère de la Voirie. La conception du projet et les plans et devis préparés par N.D. Lea étaient inclus dans le contrat. Le ministère de la Voirie les a fait siens. Ils sont devenus les déclarations du ministère de la Voirie aux soumissionnaires éventuels. Lorsque le ministère

of the Ministry of Highways to prospective bidders. When they were adopted and promulgated by the Ministry of Highways as the Ministry of Highways' representations they ceased to be the representations of N.D. Lea, at least insofar as proximity for the purposes of a duty of care with respect to economic loss is concerned. Proximity for the purposes of personal safety is a different matter, governed by different considerations. It is not in issue in this appeal. And, in my opinion, the individual seals of individual engineers make no difference in the context of this case to the question of proximity for the purposes of economic loss.

### Points In Issue

[1.] Whether the British Columbia Court of Appeal erred in holding that the Respondent N.D. Lea owed no duty of care in law to the Appellant, and, in particular, whether the British Columbia Court of Appeal erred in finding that there was not a sufficient degree of proximity existing between the Appellant and N.D. Lea in order to found a duty of care.

[2.] Whether the Individual Respondents owed a duty of care in law to the Appellant.

### Analysis

Liability for negligent misrepresentation arises where a person makes a representation knowing that another may rely on it, and the plaintiff in fact relies on the representation to its detriment: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 and *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466.

The facts alleged in this case meet this test, leaving the contract between the contractor and the province to one side. The engineers undertook to provide information (the tender package) for use by a definable group of persons with whom it did not have any contractual relationship. The purpose of supplying the information was to allow tenderers to prepare a price to be submitted. The engineers knew this. The plaintiff contractor was one of the tenderers. It relied on the information prepared by the engineers in preparing its bid. Its reliance upon the engineers' work was reasonable. It alleges it suffered loss as a consequence. These

de la Voirie les a adoptés et diffusés comme étant ses propres déclarations, ils ont cessé d'être les déclarations de N.D. Lea, du moins en ce qui concerne le lien étroit qui peut donner naissance à une obligation de diligence relativement à une perte économique. Le lien étroit pour fins de sécurité personnelle est une question différente régie par des considérations différentes. Il n'est pas en cause dans le présent appel. En outre, j'estime que les sceaux individuels des ingénieurs ne font aucune différence en l'espèce quant à la question du lien étroit pour fins de perte économique.

### Les questions en litige

[TRANSCRIPTION]

[1.] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a jugé que l'intimée N. D. Lea n'avait en droit aucune obligation de diligence envers l'appelante et, en particulier, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'existait pas un lien suffisamment étroit entre l'appelante et N. D. Lea pour justifier une obligation de diligence?

[2.] Les intimés, pris individuellement, avaient-ils en droit une obligation de diligence envers l'appelante?

### Analyse

Il y a responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu'une personne fait une déclaration, tout en sachant qu'une autre personne peut s'y fier, et qu'en fait la partie demanderesse se fie à la déclaration à son détriment: *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 et *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

Les faits allégués en l'espèce satisfont à ce critère, abstraction faite du contrat intervenu entre l'entrepreneur et la province. Les ingénieurs se sont engagés à fournir des renseignements (le dossier d'appel d'offres) qui seraient utilisés par un groupe déterminable de personnes avec lequel ils n'avaient pas de relation contractuelle. Les renseignements fournis visaient à permettre aux soumissionnaires de fixer un prix. Les ingénieurs le savaient. L'entrepreneur demandeur était l'un des soumissionnaires. Il s'est fié aux renseignements préparés par les ingénieurs pour préparer sa soumission. Sa confiance dans les travaux des ingé-

facts establish a *prima facie* cause of action against the engineering firm.

The only question which remains is whether the contract between the contractor and the province negated the duty of care which would otherwise have arisen on the facts pleaded.

The argument that the contract between Edgeworth and the province negated or subsumed the duty of care owed by the engineers to Edgeworth is put in a number of ways. It is said that the contract converted the representation from one made by the engineering firm to one made by the province. It is argued that the contract destroyed the proximity which would otherwise have lain between the contractor and the engineers. And it is said that the proper course of the law and policy precludes reliance on tort principles when a contract such as this has been made.

The essence of the position adopted below is that the Ministry assumed all risks previously held by the engineers. The material provided to prospective bidders, which incorporated the impugned work of the engineers, was "adopted and promulgated by [the Ministry] as [the Ministry's] representations." Thus, it is argued, the Ministry assumed all risks, and the duty between the engineers and contractor is negated.

I cannot accede to this argument. It is true that the engineers' work was incorporated in the tender package and thereafter in the contract. This establishes that the representations in the design became the representations of the province. But it does not, without more, and with great respect to the differing views below, establish the further proposition that when the representations became the representations of the province they ceased to be the representations of the engineers. The contractor was relying on the accuracy of the engineers' design just as much after it entered into the contract as before. Neither the Ministry nor the contractor

nieurs était raisonnable. Il soutient avoir subi une perte en conséquence de cela. Ces faits établissent l'existence, à première vue, d'une cause d'action contre le cabinet d'ingénieurs.

La seule question qu'il reste à trancher est de savoir si le contrat intervenu entre l'entrepreneur et la province a annulé l'obligation de diligence à laquelle les faits allégués auraient par ailleurs donné naissance.

L'argument selon lequel le contrat entre Edgeworth et la province a annulé ou subsumé l'obligation de diligence des ingénieurs envers Edgeworth est énoncé de nombreuses façons. On dit que le contrat a transformé la déclaration faite par le cabinet d'ingénieurs en une déclaration faite par la province. On fait valoir que le contrat a détruit le lien étroit qui aurait par ailleurs existé entre l'entrepreneur et les ingénieurs. On ajoute que, pour des raisons normales de droit et d'intérêt public, on ne saurait se fonder sur des principes en matière de responsabilité délictuelle lorsqu'un contrat du genre a été conclu.

Les juridictions inférieures ont adopté essentiellement comme position que le Ministère assumait tous les risques assumés précédemment par les ingénieurs. Les documents fournis aux soumissionnaires éventuels, qui comportaient les travaux contestés des ingénieurs, ont été «adoptés et diffusés [par le Ministère] comme étant ses propres déclarations». D'où la prétention que le Ministère assumait tous les risques et que l'obligation entre les ingénieurs et l'entrepreneur est annulée.

Je ne puis accepter cet argument. Il est vrai que les travaux des ingénieurs ont été inclus dans le dossier d'appel d'offres et, par la suite, dans le contrat. Cela prouve que les déclarations contenues dans les plans sont devenues les déclarations de la province. Mais cela n'établit pas, sans plus, et en toute déférence pour les opinions divergentes des juridictions inférieures, l'autre proposition voulant que lorsque les déclarations sont devenues celles de la province, elles ont cessé d'être celles des ingénieurs. L'entrepreneur se fiait à l'exactitude des plans des ingénieurs autant après avoir conclu le contrat qu'avant. Le Ministère et l'entrepreneur

ever assumed the risk of errors in the engineers' work. Throughout, Edgeworth, if its contentions are born out at trial, was relying on the expertise of the engineers and not of the province with respect to the accuracy of the design.

The contract, by clause 42, stipulated that any representations in the tender documents were "furnished merely for the general information of bidders and [were] not in anywise warranted or guaranteed by or on behalf of the Minister . . ." This arguably absolved the province from any liability for the plans. The exemption extends, on its express words, only to warranties "by or on behalf of the Minister". It does not purport to protect the engineers against liability for their representations.

There is a further problem of whether the engineers, not parties to the contract, could claim the benefit of its exclusion of liability for the representations in the tender documents. This Court in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, held that the doctrine of privity of contract did not preclude contractual exclusions for negligence being extended to provide protection for the employees actually charged with doing the work. But before such an argument can succeed, it must be established that the contract clause provides protection, or should by implication be held to provide protection, for the persons who, although not parties to the contract, are claiming the benefit of the exclusion. In the case at bar this has not been done. In *London Drugs* the fact that the work for which the exemption was given could only be done by the employees, taken together with other circumstances including the powerlessness of the employees to protect themselves otherwise, suggested that a term should be implied that the clause was intended to benefit them, or alternatively, that the intention of the parties manifested in the contract must be taken to limit the duty of care owed in tort. The facts in this case do not give rise to such an inference; rather, clause 42 is entirely consistent with the conclusion that the protection was intended for the benefit of the province alone.

n'ont jamais assumé le risque d'erreurs dans les travaux des ingénieurs. Pendant tout ce temps, Edgeworth, si ses prétentions sont confirmées au procès, se fiait à l'expertise des ingénieurs et non à celle de la province, quant à l'exactitude des plans.

La clause 42 du contrat prévoyait que toute déclaration dans l'appel d'offres était [TRADUCTION] «fournie uniquement pour l'information générale des soumissionnaires et [n'était] d'aucune façon garantie par le Ministre ou en son nom . . .» On pourrait soutenir que cette clause exonérait la province de toute responsabilité pour les plans. L'exonération s'étend, d'après ses termes exprès, uniquement aux garanties offertes «par le Ministre ou en son nom». Elle n'a pas pour objet de dégager les ingénieurs de la responsabilité découlant de leurs déclarations.

Un autre problème qui se pose est de savoir si les ingénieurs, qui n'étaient pas parties au contrat, pouvaient invoquer la clause contractuelle d'exonération de responsabilité découlant des déclarations contenues dans l'appel d'offres. Notre Cour, dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, a conclu que le principe du lien contractuel n'empêchait pas d'étendre les clauses contractuelles d'exonération pour négligence à la protection des employés chargés d'effectuer le travail. Mais pour qu'un tel argument ait des chances de réussir, il faut établir que la clause contractuelle prévoit ou devrait implicitement prévoir la protection des personnes qui, sans être parties au contrat, demandent à bénéficier de l'exonération. Cela n'a pas été fait en l'espèce. Dans *London Drugs*, le fait que seuls les employés pouvaient exécuter le travail pour lequel l'exonération avait été accordée, conjugué à d'autres circonstances, notamment l'impuissance des employés à se protéger autrement, laissait entendre qu'il y avait lieu de déduire que la clause était destinée à les protéger, ou subsidiairement, que l'intention des parties manifestée dans le contrat doit être interprétée comme limitant l'obligation de diligence en matière délictuelle. Les faits en l'espèce ne donnent pas lieu à une telle déduction; la clause 42 est tout à fait compatible avec la conclusion que c'était uniquement la province qui



Moreover, the engineering firm, unlike the employees in *London Drugs*, could have taken measures to protect itself from the liability in question. It could have placed a disclaimer of responsibility on the design documents. Alternatively, it could have refused to agree to provide the design without ongoing supervision duties which would have permitted it to make alterations as the contract was being performed; I raise this point in the context of the engineers' argument that much of the loss might have been avoided had it had ongoing supervisory duties. Finally, the engineering firm might have decided to accept the risk that tenderers would rely on its design to their detriment, and have insured itself accordingly. In short, the circumstances of the case, combined with the wording of the exclusion clause, negate any inference that the contractor should be taken as having excluded its right to sue the engineers for design deficiencies by its contract with the province. For these reasons, I conclude that clause 42 of the contract between the contractor and the province does not assist the engineering firm.

Another way of putting the argument that the contract terminates the duty of care between the contractor and the engineers, is to say that once the contractor enters into a contract with the province which deals with the matter of design, the contract ousts all tort duties. Where the parties to the contract have themselves defined their obligations by contract, it may be argued that the contract must prevail over a different duty which tort law might impose, on the principle that people are free to determine their own civil rights and responsibilities. Subject to this limitation, however, the presence of a contract does not bar the right to sue in tort: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12. In this case, the contract is not between the plaintiff and the defendant. Moreover, for the reasons given above, it does not purport to limit the tort duty which is owed by the defendant engineering firm to the contractor. Accordingly, the

devait bénéficier de la protection. En outre, le cabinet d'ingénieurs, contrairement aux employés de *London Drugs*, aurait pu prendre des mesures pour se protéger contre la responsabilité en question. Il aurait pu insérer une stipulation d'exonération de responsabilité dans les plans. Subsidiairement, il aurait pu refuser de fournir les plans sans exercer une surveillance permanente des travaux qui lui aurait permis d'apporter des modifications au cours de l'exécution du contrat; je soulève ce point dans le contexte de l'argument des ingénieurs voulant qu'il aurait été possible d'éviter une part importante de la perte s'il avait exercé une surveillance permanente des travaux. Finalement, le cabinet d'ingénieurs aurait pu décider d'assumer le risque que les soumissionnaires se fieraient à ses plans à leur détriment et s'assurer en conséquence. Bref, les circonstances de l'espèce, conjuguées au texte de la clause d'exonération, écartent toute déduction selon laquelle l'entrepreneur devrait être considéré comme ayant renoncé, par son contrat avec la province, à son droit d'intenter une action pour vices de conception contre les ingénieurs. Pour ces motifs, je conclus que la clause 42 du contrat intervenu entre l'entrepreneur et la province n'est d'aucune utilité au cabinet d'ingénieurs.

Une autre façon d'énoncer l'argument selon lequel le contrat met fin à l'obligation de diligence entre l'entrepreneur et les ingénieurs consiste à affirmer qu'une fois que l'entrepreneur signe avec la province un contrat portant sur la question des plans, ce contrat élimine toutes les obligations en matière délictuelle. Lorsque les parties au contrat ont défini elles-mêmes leurs obligations dans le contrat, on peut soutenir que le contrat doit l'emporter sur une obligation différente que le droit de la responsabilité délictuelle pourrait imposer, en tenant pour acquis que les gens sont libres de déterminer leurs propres droits et responsabilités civils. Sous réserve de cette restriction toutefois, l'existence d'un contrat n'empêche pas d'intenter une action fondée sur la responsabilité délictuelle: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12. En l'espèce, le contrat n'a pas été conclu entre la partie demanderesse et la partie défenderesse. En

argument that the parties have defined their obligations by the contract, thereby ousting tort obligations, cannot succeed.

In support of its contention that the factual matrix alleged on the pleadings does not support a relationship of sufficient proximity to found a duty of care, the engineering firm emphasizes that the loss claimed is purely economic, a fact also noted by the Court of Appeal. This argument seems, in my opinion, to overlook the fact that this is a claim for negligent misrepresentation under *Hedley Byrne, supra*. It has long been settled that claims for pure economic loss may be brought for negligent misrepresentation. The case at bar accordingly does not raise the issue discussed in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, of when new categories of pure economic loss may be recoverable in tort.

Finally, it is suggested that policy considerations negate the imposition of tort liability. The engineering firm urges that the applicable test for a duty of care in tort is that set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, which is said to permit a court to deny on grounds of policy a duty of care which might otherwise arise. There is a preliminary question whether the conditions specified in *Hedley Byrne* for the imposition of liability for negligent misrepresentation leave much scope for further policy assessment under the second branch of *Anns*. To put it another way, it can be argued that if the conditions for liability stipulated in *Hedley Byrne* are met, it is difficult to

autre, pour les motifs susmentionnés, il n'a pas pour objet de limiter l'obligation en matière délictuelle que la partie défenderesse, le cabinet d'ingénieurs, a envers l'entrepreneur. Par conséquent, l'argument selon lequel les parties ont défini leurs obligations au moyen du contrat, éliminant ainsi leurs obligations en matière délictuelle, ne saurait tenir.

À l'appui de sa prétention que les faits allégués au cours des plaidoiries n'étaient pas l'existence d'un lien suffisamment étroit entre les parties pour justifier l'existence d'une obligation de diligence, le cabinet d'ingénieurs souligne que la perte dont on demande l'indemnisation est purement économique, ce que note également la Cour d'appel. Cet argument me semble ignorer le fait qu'il s'agit d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence, au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. Il est établi depuis longtemps que l'on peut intenter des actions pour perte purement économique découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence. L'espèce ne soulève donc pas la question analysée dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, qui est de savoir quand de nouvelles catégories de pertes purement économiques peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle.

Finalement, on dit que des considérations de principe rendent impossible l'imposition de la responsabilité délictuelle. Le cabinet d'ingénieurs allègue que le critère applicable relativement à une obligation de diligence en matière délictuelle est celui exprimé dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, qui, dit-on, permet à un tribunal de nier, pour des motifs de principe, l'existence d'une obligation de diligence qui pourrait par ailleurs exister. Il y a la question préliminaire de savoir si les conditions précisées dans *Hedley Byrne*, concernant l'imposition d'une responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence, permettent une évaluation de principe plus poussée qui serait fondée sur le second volet de l'arrêt *Anns*. En d'autres termes, on peut faire valoir que si les conditions de responsabilité énoncées dans l'arrêt *Hedley Byrne* sont remplies, il est

conceive a valid policy reason why a duty of care should not be held to arise.

Leaving that question aside, however, I am not persuaded that good policy reasons exist for denying a duty of care owed by the engineering firm to the contractor in this case. The engineers argue that to allow the claim in tort to proceed would be to permit the contractor to circumvent its contractual promise not to rely on the tender documents by claiming from a third party. This, it says, would negate contractual limitations on liability. It would allow the contracting parties to foist their responsibilities on a third party, the engineering firm. And it would prevent or inhibit engineers and other design professionals from accepting limited retainers. The proper approach for compensation for design error, according to the engineers, is for the contractor to sue the owner, in this case the province, on the contract. If the owner is found liable, the owner may then claim over against the design professional which it employed to prepare the tender documents.

I cannot see how permitting the engineering firm to be sued in tort circumvents any contractual promise. As discussed above, there is no contractual promise which says the firm is not responsible for its negligent misrepresentations in the design. So nothing is circumvented. For the same reason, no contractual limitations are negated. The contracting parties cannot be said to be foisting their responsibilities on a design professional. They determine their own rights and responsibilities. The responsibility of the engineering firm arises from its own misrepresentation, coupled with the knowledge that contractors will be relying on it and acting on it without practical opportunity for independent inquiry, in the absence of any disclaimer of responsibility. While the possibility of being sued in tort may inhibit the willingness of design professionals to enter into limited retainers, it does not follow that by assuming duties toward third parties the engineering firm would be per-

difficile de concevoir une bonne raison de principe pour laquelle on ne devrait pas conclure qu'une obligation de diligence prend naissance.

Laissant cette question de côté, toutefois, je ne suis pas persuadée qu'il existe de bonnes raisons de principe de nier, en l'espèce, l'existence chez le cabinet d'ingénieurs d'une obligation de diligence envers l'entrepreneur. Les ingénieurs soutiennent que permettre l'action fondée sur la responsabilité délictuelle reviendrait à permettre à l'entrepreneur de se soustraire à sa promesse contractuelle de ne pas se fier à l'appel d'offres en se retournant contre un tiers. Selon eux, cela annulerait les limitations contractuelles de la responsabilité. On permettrait ainsi aux parties contractantes de refiler leurs responsabilités à un tiers, le cabinet d'ingénieurs. Cela empêcherait également les ingénieurs et autres professionnels de la conception d'accepter des mandats limités. Selon les ingénieurs, l'entrepreneur devrait, pour se faire indemniser d'une erreur de conception, intenter contre le propriétaire, en l'espèce la province, une action fondée sur le contrat. Si le propriétaire est jugé responsable, il peut alors intenter une action récursoire contre le professionnel de la conception dont il a retenu les services pour préparer l'appel d'offres.

Je ne vois pas comment en permettant au cabinet d'ingénieurs de faire l'objet d'une action fondée sur la responsabilité délictuelle, on se soustrait à une promesse contractuelle. Tel que discuté plus haut, il n'existe pas de promesse contractuelle selon laquelle le cabinet d'ingénieurs n'est pas responsable de ses déclarations inexactes faites par négligence dans les plans. On ne se soustrait donc à rien. Pour la même raison, aucune limitation contractuelle n'est contournée. On ne peut pas dire que les parties contractantes refilent leurs responsabilités au professionnel de la conception. Elles déterminent leurs propres droits et responsabilités. En l'absence de toute stipulation d'exonération de responsabilité, la responsabilité du cabinet d'ingénieurs découle de sa propre déclaration inexacte, conjuguée à la connaissance que les entrepreneurs s'y fieront et prendront des mesures en conséquence, sans avoir la possibilité de se renseigner ailleurs. Même si la possibilité de faire l'objet

forming work for which it is not paid. Many professionals in a wide variety of callings and circumstances assume duties toward persons other than those with whom they have contracted, and are held liable in tort for their proper discharge: see, for example, *Haig v. Bamford, supra*. Typically, the additional risks are reflected in the price of the contract. Alternatively, disclaimers of responsibility to third parties may be issued.

The proposition that the only correct way to bring a claim for design defects is by suing the owner in contract, who then may claim over against the design professional, is similarly suspect. The result, in a case such as this, would be that the contractor would not be able to claim against anyone for design defects. Since the province as owner has excluded its responsibility for design defects under the contract, the contractor could not recover against it. So there would be no claim over. Moreover, the notion that there is only one right way to proceed — in contract — undercuts the philosophy expressed by this Court in cases such as *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, and *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority, supra*, that plaintiffs may sue concurrently in contract and tort, provided the contract does not negate the imposition of a duty of care in tort.

One important policy consideration weighs against the engineering firm. If the engineering firm is correct, then contractors bidding on construction contracts will be obliged to do their own engineering. In the typically short period allowed for the filing of tenders — in this case about two

d'une action fondée sur la responsabilité délictuelle peut inhiber la volonté des professionnels de la conception d'accepter des mandats limités, il ne s'ensuit pas qu'en assumant des obligations envers des tiers, le cabinet d'ingénieurs exécuterait des travaux pour lesquels il n'est pas payé. De nombreux professionnels dans une foule de domaines et de circonstances assument des obligations envers des personnes autres que celles avec lesquelles ils ont conclu un contrat, et ont la responsabilité en matière délictuelle de veiller à ce qu'on s'en acquitte dûment: voir, par exemple, *Haig c. Bamford*, précité. Habituellement, les risques supplémentaires se reflètent dans le prix du contrat. Subsidiairement, il peut y avoir des stipulations d'exonération de responsabilité envers les tiers.

La proposition voulant que la seule bonne façon d'exercer un recours pour des vices de conception consiste à intenter contre le propriétaire une action fondée sur le contrat, lequel peut alors intenter une action récursoire contre le professionnel de la conception, est également suspecte. Il en résulterait, dans un cas comme celui-ci, que l'entrepreneur ne serait pas en mesure de poursuivre qui que ce soit pour les vices de conception. Puisque la province, en sa qualité de propriétaire, a exclu par contrat sa responsabilité pour vices de conception, l'entrepreneur ne pourrait pas se faire indemniser par elle. Il n'y aurait donc pas d'action récursoire. En outre, la notion voulant qu'il n'existe qu'une seule bonne façon de procéder — en matière contractuelle — mine la philosophie exprimée par notre Cour dans les arrêts *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, et *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, précité, selon laquelle les demandeurs peuvent intenter une action fondée à la fois sur un contrat et sur la responsabilité délictuelle, pourvu que le contrat n'annule pas l'imposition d'une obligation de diligence en matière délictuelle.

Une considération de principe importante joue contre le cabinet d'ingénieurs. Si le cabinet d'ingénieurs a raison, les entrepreneurs qui soumissionnent pour des contrats de construction devront effectuer leurs propres travaux d'ingénierie. Au cours de la période habituellement brève qui est

weeks — the contractor would be obliged, at the very least, to conduct a thorough professional review of the accuracy of the engineering design and information, work which in this case took over two years. The task would be difficult, if not impossible. Moreover, each tendering contractor would be obliged to hire its own engineers and repeat a process already undertaken by the owner. The result would be that the engineering for the job would be done not just once, by the engineers hired by the owner, but a number of times. This duplication of effort would doubtless be reflected in higher bid prices, and ultimately, a greater cost to the public which ultimately bears the cost of road construction. From an economic point of view, it makes more sense for one engineering firm to do the engineering work, which the contractors in turn are entitled to rely on, absent disclaimers or limitations on the part of the firm. In fact, the short tender period suggests that in reality this is the way the process works; contractors who wish to bid have no choice but to rely on the design and documents prepared by the engineering firm. It is on this basis that they submit their bids and on this basis that the successful bidder enters into the contract. The fact that the contractor may agree to exempt the party inviting tenders from liability for the design process does not suggest that it thereby should be taken to have exempted the engineering firm. In the scheme of things, it makes good practical and economic sense to place the responsibility for the adequacy of the design on the shoulders of the designing engineering firm, assuming reasonable reliance and barring disclaimers. The risk of liability to compensate third parties for design error will be reflected in the cost of the engineers' services to the owner inviting tenders. But that is a much better result than requiring the owner to pay not only the engineering firm which it retains, but indirectly, the additional engineers

allouée pour le dépôt des soumissions — en l'es-  
pèce deux semaines — l'entrepreneur serait tenu, à  
tout le moins, d'effectuer un examen professionnel  
approfondi de l'exactitude des plans et des rensei-  
gnements d'ingénierie, dont la mise au point a  
duré deux ans ici. Cette tâche serait difficile, voire  
impossible. En outre, chaque entrepreneur soumis-  
sionnaire devrait embaucher ses propres ingénieurs  
et répéter un processus déjà entrepris par le pro-  
priétaire. Il en découlerait que les travaux d'ingé-  
nierie relatifs à la tâche à accomplir seraient effec-  
tués non seulement une fois, par les ingénieurs  
embauchés par le propriétaire, mais de nombreuses  
fois. Ce dédoublement des efforts entraînerait  
assurément une hausse dans le prix des soumis-  
sions et, finalement, dans celui que devrait payer le  
public, qui assume en fin de compte les coûts de  
construction des routes. D'un point de vue écono-  
mique, il est plus logique qu'un seul cabinet d'in-  
génieurs exécute les travaux d'ingénierie, auxquels  
les entrepreneurs ont le droit de se fier, en l'ab-  
sence de stipulations d'exonération ou de limita-  
tions de la part du cabinet d'ingénieurs. En fait, la  
brève période d'appel d'offres porte à croire que  
c'est ainsi que se déroule le processus en réalité;  
les entrepreneurs qui veulent soumissionner ne  
peuvent faire autrement que se fier aux plans et  
documents préparés par le cabinet d'ingénieurs.  
C'est en fonction de cela qu'ils présentent leurs  
soumissions et que le soumissionnaire choisi con-  
clut le contrat. Le fait que l'entrepreneur puisse  
accepter d'exonérer la partie faisant l'appel d'of-  
fres de toute responsabilité pour le processus de  
conception ne donne pas à entendre qu'il y a lieu  
de considérer qu'il a, par ce moyen, exonéré le  
cabinet d'ingénieurs. Dans l'ordre des choses, il  
est logique, sur les plans pratique et économique,  
de faire assumer par le cabinet d'ingénieurs con-  
cepteur la responsabilité de l'exactitude des plans,  
à supposer qu'il y ait une confiance raisonnable en  
lui et qu'il n'y ait pas de stipulation d'exonération.  
Le risque de responsabilité d'indemniser des tiers  
pour une erreur de conception se reflétera dans ce  
qu'il coûtera au propriétaire qui fait l'appel d'of-  
fres, pour retenir les services d'ingénieurs. Mais  
cela est beaucoup préférable que d'obliger le pro-  
priétaire à payer non seulement le cabinet d'ingé-  
nieurs dont il retient les services, mais indirecte-

which all tendering parties would otherwise be required to retain.

For these reasons, I conclude that the courts below erred in holding that the facts pleaded by Edgeworth do not disclose a cause of action against the *engineering firm*, N. D. Lea.

The position of the individual engineers is different. The only basis upon which they are sued is the fact that each of them affixed his seal to the design documents. In my view, this is insufficient to establish a duty of care between the individual engineers and Edgeworth. The seal attests that a qualified engineer prepared the drawing. It is not a guarantee of accuracy. The affixation of a seal, without more, is insufficient to found liability for negligent misrepresentation. I agree with the courts below that the action against the individual defendants should be struck.

#### Conclusion

I would allow the appeal against N. D. Lea & Associates Ltd. I would dismiss the appeal against the individual engineers. Costs will follow the event, here and below.

*Appeal allowed with costs against N. D. Lea & Associates Ltd. and appeal dismissed against the individual engineers.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the respondent N. D. Lea & Associates Ltd.: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

ment les autres cabinets d'ingénieurs dont toutes les parties soumissionnaires devraient par ailleurs retenir les services.

Pour ces motifs, je conclus que les juridictions inférieures ont commis une erreur en décidant que les faits allégués par Edgeworth ne révèlent pas une cause d'action contre le cabinet d'ingénieurs, N. D. Lea.

La situation des ingénieurs pris individuellement est différente. Le seul motif de les poursuivre est le fait que chacun d'eux a apposé son sceau sur les plans. À mon avis, cela ne suffit pas à établir l'existence d'une obligation de diligence entre les ingénieurs, pris individuellement, et Edgeworth. Le sceau atteste qu'un ingénieur compétent a préparé les plans. Il ne s'agit pas d'une garantie d'exactitude. La seule apposition du sceau, sans plus, n'est pas suffisante pour justifier une responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence. Je partage l'avis des juridictions inférieures que l'action contre les défendeurs, pris individuellement, devrait être annulée.

#### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi contre N. D. Lea & Associates Ltd. et de rejeter le pourvoi contre les ingénieurs pris individuellement. Les dépens dans toutes les cours suivront l'issue de la cause.

*Pourvoi accueilli avec dépens contre N. D. Lea & Associates Ltd. et pourvoi rejeté contre les ingénieurs pris individuellement.*

*Procureurs de l'appelante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée N. D. Lea & Associates Ltd.: Singleton, Urquhart, MacDonald, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**David Angelo Grant** *Respondent*

and

**Robert Wallace Wiley** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GRANT

File No.: 23075.

1993: April 2; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter searches of accused's property without a warrant — Narcotic Control Act authorizing warrantless searches of places other than dwelling-houses — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter searches of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter searches — Warrantless perimeter searches violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

*Criminal law — Search warrant — Validity — Search warrant relating to investigation of offence under Narcotic Control Act issued pursuant to Criminal Code — Whether search warrant valid — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 12.*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **David Angelo Grant** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Robert Wallace Wiley** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRANT

N<sup>o</sup> du greffe: 23075.

<sup>c</sup> 1993: 2 avril; 1993: 30 septembre.

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

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La Loi sur les stupéfiants autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors des perquisitions périphériques — Perquisitions périphériques sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

*Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Mandat de perquisition se rapportant à une enquête effectuée relativement à une infraction à la Loi sur les stupéfiants, décerné conformément au Code criminel — Le mandat de perquisition était-il valide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 12.*

In a routine roadblock check, a truck driven by the accused was found to contain several items consistent with a marihuana growing operation. The police were later told by a known and previously reliable informant that the accused had been on his way to set up such an operation at the time. They conducted two warrantless perimeter searches of the residence used by the accused, and determined through inquiries of the public utility that recent electrical consumption there had been unusually high. Based on an information that included the information received from the informant, the inquiries made of the electrical utility and the observations made during the two warrantless perimeter searches, the police obtained search warrants pursuant to s. 487 of the *Criminal Code* which authorized "peace officers" to search the residence and an apartment in which the accused was residing. The accused was arrested and charged with unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking. On execution of the warrants, the police seized 80 marihuana plants as well as growing equipment, drug-related paraphernalia and documents. The trial judge excluded the evidence seized on the ground that the accused's rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated and acquitted the accused. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld the acquittals.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 10 of the *Narcotic Control Act* ("NCA"), which authorizes a warrantless search of a place other than a dwelling-house where a peace officer has reasonable grounds to believe that it contains a narcotic by means of or in respect of which an offence under the NCA has been committed, should be read down to restrict its availability to situations in which exigent circumstances make it impracticable to obtain a warrant. Exigent circumstances will generally be held to exist if there is an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. While the fact that the evidence sought is believed to be present on a motor vehicle, water vessel, aircraft or other fast moving vehicle will often create exigent circumstances, no blanket exception exists for such conveyances. To the extent that s. 10 purports to authorize searches and seizures on a wider basis, it is in breach of s. 8 of the *Charter* and inoperable.

À l'occasion d'un barrage routier périodique, on a trouvé dans un camion conduit par l'accusé un certain nombre d'articles utilisés pour la culture du chanvre indien. La police a plus tard appris d'un indicateur connu et habituellement fiable que l'accusé s'en allait alors monter une affaire de culture de chanvre indien. Elle a effectué deux perquisitions périphériques sans mandat de la résidence utilisée par l'accusé, et elle a appris de la compagnie d'électricité que la récente consommation d'électricité à cet endroit avait été inhabituellement élevée. À la suite d'une dénonciation qui renfermait les renseignements obtenus de l'indicateur, des demandes adressées à la compagnie d'électricité et des constatations faites au cours des deux perquisitions périphériques effectuées sans mandat, la police a obtenu des mandats de perquisition conformément à l'art. 487 du *Code criminel*. Ces mandats autorisaient les «agents de la paix» à perquisitionner dans la résidence et dans un appartement occupé par l'accusé. L'accusé a été arrêté et inculpé de culture illégale et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Lors de l'exécution des mandats, les policiers ont saisi 80 plants de chanvre indien, divers appareils utilisés pour la culture ainsi que du matériel et des documents concernant les stupéfiants. Le juge du procès a écarté les éléments de preuve obtenus au motif qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il a acquitté l'accusé. La Cour d'appel, dans un jugement rendu à la majorité, a confirmé les acquittements.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* («LS»), qui prévoit qu'une perquisition sans mandat, peut être effectuée sans mandat sauf dans une maison d'habitation si un agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la LS, devrait recevoir une interprétation atténuée de façon à être appliqué seulement lorsqu'une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. On jugera généralement qu'il y a situation d'urgence s'il existe un risque imminent que les éléments de preuve soient perdus, enlevés, détruits ou qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée. La croyance que des éléments de preuve recherchés se trouvent à bord d'un véhicule à moteur, d'un navire, d'un aéronef ou de tout autre véhicule rapide créera souvent une situation d'urgence; toutefois, il n'existe aucune exception générale pour ces moyens de transport. Dans la mesure où l'art. 10 autorise les fouilles, les perquisitions et les saisies sur une plus grande échelle, il va à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* et il est inopérant.



The search warrant in this case was validly issued under s. 487 of the *Criminal Code*. As a result of the addition of the words "or any other Act of Parliament" in 1985, it is clear that the section applies to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not the statute in question also contains search and seizure provisions. This is supported by s. 34 of the *Interpretation Act*. Section 487 of the *Code* and s. 12 *NCA* thus operate simultaneously and provide separate avenues through which police officers may seek prior authorization with regard to narcotic search and seizure operations.

The warrantless perimeter searches in this case were unreasonable and therefore in violation of s. 8 of the *Charter*. A warrantless search to be reasonable must be authorized by law, but s. 10 *NCA* is available only in exigent circumstances, and there were none here. There was no indication that the officers who conducted the searches were unable to obtain a warrant, or that they had a reasonable concern that the narcotics in the residence would be lost, destroyed or removed or would disappear.

There was sufficient information to support the issuance of the warrant in this case quite apart from the information obtained through the warrantless perimeter searches. Further, the search executed under the warrant was conducted reasonably within the meaning of s. 8 of the *Charter*. There is a sufficient temporal connection between the warrantless perimeter searches and the evidence ultimately offered at trial by the Crown, however, to require a determination as to whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Given that the impugned evidence is real in nature, its admission would not tend to render the trial unfair. Moreover, the police officers acted in good faith, in that they were operating under the assumption that s. 10 *NCA* provided statutory authority for the warrantless perimeter searches conducted. The violations were serious ones in a number of respects, since they involved trespass by state agents onto private residential property, there was no urgency or necessity to preserve evidence and alternative investigative means were available, but the negative effect of the exclusion of the evidence and the good faith of the officers outweigh the seriousness of the violations, and on balance militate in favour of admission of the evidence.

En l'espèce, le mandat de perquisition a été valablement décerné conformément à l'art. 487 du *Code criminel*. En raison de l'ajout en 1985 des mots «ou à toute autre loi du Parlement», il est clair que l'article s'applique aux procédures engagées en vertu de toute loi fédérale, que la loi en question contienne ou non des dispositions prévoyant les perquisitions et les saisies. Cette analyse se fonde sur l'art. 34 de la *Loi d'interprétation*. L'article 487 du *Code* et l'art. 12 *LS* s'appliquent simultanément et offrent aux policiers des mécanismes distincts d'autorisation préalable aux fins de fouilles, perquisitions et saisies en matière de stupéfiants.

Les perquisitions périphériques sans mandat étaient abusives et en conséquence contraires à l'art. 8 de la *Charte*. Une perquisition sous mandat ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, mais l'art. 10 *LS* ne peut être invoqué qu'en cas de situation d'urgence, et il n'en existait pas en l'espèce. On n'a présenté aucun argument qui indiquerait que les policiers qui ont effectué les perquisitions ne pouvaient obtenir un mandat, ou qu'ils avaient une crainte raisonnable que des stupéfiants se trouvant dans la résidence soient perdus, détruits, enlevés ou qu'ils disparaissent.

Même en l'absence des renseignements obtenus lors des perquisitions périphériques sans mandat, il y avait suffisamment de renseignements pour permettre la délivrance du mandat. En outre, la perquisition exécutée conformément au mandat n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, le lien temporel entre les perquisitions périphériques sans mandat et les éléments de preuve ultérieurement déposés au procès par le ministère public est suffisant pour justifier l'examen de l'exclusion de ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Puisque la preuve contestée constitue une preuve matérielle, son utilisation n'aurait pas pour effet de rendre le procès inéquitable. De plus, les policiers étaient de bonne foi en ce qu'ils ont agi en tenant pour acquis que l'art. 10 *LS* constituait le fondement législatif des perquisitions périphériques sans mandat. Les violations étaient graves à plusieurs égards puisqu'il y a eu une intrusion illicite par des mandataires de l'État sur une propriété résidentielle privée, qu'il n'y avait ni situation d'urgence ni état de nécessité quant à la conservation des éléments de preuve et qu'il existait d'autres méthodes d'enquête; toutefois, l'incidence négative de l'exclusion des éléments de preuve et la bonne foi des policiers l'emportent sur la gravité des violations et, dans l'ensemble, militent en faveur de l'utilisation de ces éléments de preuve.

## Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, rev'g (1988), 46 C.C.C. (3d) 194; **referred to:** *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Nishikihama*, B.C.S.C. New Westminster, No. X02971, November 14, 1991; *R. v. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, aff'd [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. D. (I.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 289; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158; *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443 [am. 1985, c. 19, s. 69].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 68].  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34.  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 199], 11, 12, 14.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 73 C.C.C. (3d) 315, 14 C.R. (4th) 260, 11 C.R.R. (2d) 159, 14 B.C.A.C. 94, 26 W.A.C. 94, affirming the respondent's acquittal by Millward J. on charges of unlawful cultivation of marijuana and possession of marijuana for the purposes of trafficking. Appeal allowed.

## Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, inf. (1988), 46 C.C.C. (3d) 194; **arrêts mentionnés:** *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Nishikihama*, C.S.C.-B. New Westminster, no. X02971, 14 novembre 1991; *R. c. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, conf. par [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. D. (I.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 289; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473; *Campbell c. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158; *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 68].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443 [mod. 1985, ch. 19, art. 69].  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 34.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10 [abr. et rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.) art. 199], 11, 12, 14.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 73 C.C.C. (3d) 315, 14 C.R. (4th) 260, 11 C.R.R. (2d) 159, 14 B.C.A.C. 94, 26 W.A.C. 94, qui a confirmé l'acquiescement de l'intimé prononcé par le juge Millward relativement à des accusations de culture illégale et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Pourvoi accueilli.

*S. David Frankel, Q.C.*, for the appellant.

*David M. Rosenberg and Paul Rosenberg*, for the respondent.

*Greg Cranston*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This narcotic search and seizure case concerns the constitutional legitimacy of the warrantless search of a place other than a dwelling-house and specifically whether s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 (“NCA”) in so far as it authorizes warrantless searches of places other than dwelling-houses violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This case also addresses the issue as to whether warrants issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, are available in the investigation of narcotic offences and, if they are, whether the standards for obtaining such warrants are sufficient to meet the requirements of s. 8 of the *Charter*. Finally, in the event that s. 8 has been violated, it must be decided whether evidence obtained, either directly or indirectly in contravention of s. 8, ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

### I. The Facts

The respondent, David Grant, was acquitted of charges of unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking contrary to ss. 6(1) and 4(2) *NCA*. The acquittal resulted from the exclusion from evidence of a number of items seized during a search conducted under a warrant issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*. The basis for exclusion was that statements made in the information sworn in order to ground the warrant request included information obtained during warrantless perimeter searches of the residence used by the respondent. The trial judge found these warrantless searches to be in violation of s. 8 of the *Charter*.

*S. David Frankel, c.r.*, pour l’appelante.

*David M. Rosenberg et Paul Rosenberg*, pour l’intimé.

*Greg Cranston*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi a trait aux perquisitions et aux saisies de stupéfiants et vise à déterminer si une perquisition sans mandat dans un endroit autre qu’une maison d’habitation est constitutionnel, et tout particulièrement si l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 («LS»), dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d’habitation, viole l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il nous faut également déterminer s’il est possible, dans le cadre d’une enquête sur des infractions en matière de stupéfiants, d’obtenir un mandat en vertu de l’art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et, dans l’affirmative, si les critères régissant l’obtention de ce mandat permettent de satisfaire aux exigences de l’art. 8 de la *Charte*. Enfin, s’il y a eu violation de l’art. 8, il faut décider si les éléments de preuve obtenus, directement ou indirectement en contravention de l’art. 8, devraient être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

### I. Les faits

L’intimé, David Grant, a été acquitté de culture illégale et de possession de chanvre indien en vue d’en faire le trafic en contravention des par. 6(1) et 4(2) *LS*. Il a été acquitté par suite de l’exclusion en preuve d’un certain nombre d’articles saisis pendant une perquisition effectuée en vertu d’un mandat décerné conformément à l’art. 487 du *Code criminel*. Le fondement de cette exclusion était que la dénonciation sous serment déposée à l’appui de la demande de mandat comprenait des renseignements obtenus lors de perquisitions périphériques sans mandat de la résidence utilisée par l’intimé. Le juge du procès a statué que les perquisitions sans mandat étaient contraires à l’art. 8 de la *Charte*.

In a routine roadblock check conducted on April 29, 1989, a truck driven by the respondent, who purported to reside in an apartment in Victoria, British Columbia, was found to contain a number of items consistent with a marihuana growing operation. On May 23, 1989, a police officer had received information from what he claimed to be a previously reliable but confidential informant that at the time of the roadblock, the respondent had been on his way to set up a marihuana growing operation and that he was part of an organization cultivating marihuana on south Vancouver Island.

The police later conducted two warrantless perimeter searches of the residence used by the respondent, a two-storey building at 11110 Trillium Place, Sydney, British Columbia. On September 7, 1989, two officers entered onto the property looking for signs of marihuana cultivation. During a search of the perimeter, they observed several things which would have been impossible to have observed without entering onto the property. They noted covered windows on the lower floor, heard what they described as the sound of electric motors or fans emanating from inside the residence and noticed two air vents which looked recently installed. Later that day, the police observed the respondent leave the Trillium Place residence and followed him to an apartment in Victoria. On September 20, 1989, the respondent was observed carrying what appeared to be fertilizer or weed sprayer from the Victoria apartment to the Trillium Place residence.

On September 21, 1989, two police officers conducted a second perimeter search of the Trillium Place property and noted that the basement windows appeared to be sealed with plastic and were wet with condensation. The police officers testified, and it was admitted by the respondent, that they had reasonable grounds to believe that the Trillium Place residence constituted a dwelling-house which contained a narcotic in respect of or by means of which a narcotics offence had been committed, prior to the first entry onto the prop-

À l'occasion d'un barrage routier périodique érigé le 29 avril 1989, on a trouvé dans un camion conduit par l'intimé, qui a dit résider dans un appartement à Victoria, en Colombie-Britannique, un certain nombre d'articles utilisés pour la culture du chanvre indien. Le 23 mai 1989, un policier avait appris d'un indicateur, habituellement fiable, mais dont l'identité demeurait confidentielle, que, au moment du barrage routier, l'intimé s'en allait monter une affaire de culture de chanvre indien et qu'il faisait partie d'une organisation qui cultivait le chanvre indien dans la partie sud de l'Île de Vancouver.

La police a ultérieurement effectué deux perquisitions périphériques sans mandat de la résidence utilisée par l'intimé, un édifice à deux étages situé au 11110 Trillium Place, Sydney (Colombie-Britannique). Le 7 septembre 1989, deux policiers sont entrés sur le terrain pour y chercher des signes de culture de chanvre indien. Au cours de l'une des perquisitions périphériques, ils ont observé plusieurs choses qu'il leur aurait été impossible de voir sans entrer sur le terrain. Ils ont notamment remarqué que les fenêtres du sous-sol étaient recouvertes; ils ont entendu ce qu'ils ont décrit comme un bruit de moteurs électriques ou de ventilateurs fonctionnant à l'intérieur de la résidence et ils ont vu deux bouches d'aération qui paraissaient d'installation récente. Plus tard, ce jour-là, la police a vu l'intimé quitter la résidence de Trillium Place et l'a suivi jusqu'à un appartement à Victoria. Le 20 septembre 1989, l'intimé a été vu en train de transporter ce qui paraissait être de l'engrais ou un herbicide entre l'appartement de Victoria et la résidence de Trillium Place.

Le 21 septembre 1989, deux policiers ont effectué une deuxième perquisition périphérique sur le terrain de Trillium Place et ont remarqué que les fenêtres du sous-sol paraissaient recouvertes d'un plastique et qu'elles étaient embuées. Les policiers ont témoigné, ce que l'intimé a admis, qu'ils avaient, avant leur première entrée sur le terrain, des motifs raisonnables de croire que la résidence de Trillium Place constituait une maison d'habitation dans laquelle se trouvait un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infrac-

erty. Further, the police conducted inquiries of B.C. Hydro and were able to determine that recent electrical consumption at the Trillium Place property had been unusually high compared with other similar area residences.

Based on an information that included the pieces of information gleaned in May, 1989, the inquiries made of B.C. Hydro, as well as the observations made during the two warrantless perimeter searches, on September 22, 1989 the RCMP obtained search warrants pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*. These warrants authorized "peace officers" to search the Trillium Place address and the Victoria apartment. The respondent was arrested at his business, advised of his rights and given copies of the warrants. On execution of the warrants, the police discovered 80 plants which were later identified as marihuana, a variety of growing equipment at the Trillium Place address and a small amount of marihuana, drug-related paraphernalia and documents at the Victoria apartment.

The respondent was acquitted of the charges referred to above when the evidence obtained in the searches and seizures was excluded by reason of a violation of s. 8 of the *Charter*.

## II. Judgments Below

### A. *Supreme Court of British Columbia*

In a ruling on a *voir dire* with respect to the admissibility of the evidence obtained during the search under a warrant issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*, Millward J. held that the s. 8 rights of the respondent had been violated and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Millward J. found that the premises searched constituted a "dwelling-house" within the meaning of s. 12 *NCA* and concluded that the proper course of action would have been for the officers to seek a warrant pursuant to that section rather than under the *Criminal Code* provisions.

tion. En outre, la police avait pu apprendre de B.C. Hydro que la récente consommation d'électricité de la propriété de Trillium Place avait été inhabituellement élevée comparativement à celle d'autres résidences similaires du secteur.

À la suite d'une dénonciation qui renfermait les renseignements obtenus en mai 1989, les demandes adressées à B.C. Hydro et les constatations faites au cours des deux perquisitions périphériques effectuées sans mandat, la GRC a obtenu le 22 septembre 1989, des mandats de perquisition conformément à l'art. 487 du *Code criminel*. Ces mandats autorisaient les «agents de la paix» à perquisitionner dans l'édifice situé sur Trillium Place ainsi que dans l'appartement de Victoria. L'intimé a été arrêté à son lieu d'affaires; il a alors été informé de ses droits et a reçu copie des mandats. Lors de l'exécution des mandats, les policiers ont découvert dans l'édifice situé sur Trillium Place 80 plants, plus tard identifiés comme du chanvre indien, ainsi que divers appareils utilisés pour la culture; dans l'appartement de Victoria, ils ont trouvé une petite quantité de chanvre indien ainsi que du matériel et des documents concernant les stupéfiants.

L'intimé a été acquitté relativement aux accusations susmentionnées parce que les éléments de preuve obtenus lors des perquisitions et saisies ont été écartés en raison d'une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

## II. Les juridictions inférieures

### A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Dans une décision dans le cadre d'un *voir-dire* portant sur l'admissibilité des éléments de preuve obtenus lors de la perquisition effectuée en vertu d'un mandat décerné conformément à l'art. 487 du *Code criminel*, le juge Millward a statué qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 et il a écarté les éléments de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Il a déterminé que les lieux perquisitionnés constituaient «une maison d'habitation» au sens de l'art. 12 *LS* et a conclu que les policiers auraient dû obtenir un mandat en vertu de cet article plutôt qu'en vertu

Although he found that the wording of s. 487(1), which allows for issuance of a search warrant with regard to "a building, receptacle or place", was broad enough to encompass a dwelling-house, Millward J. concluded that where the offence suspected to have been committed was one under the NCA, the specific statutory provisions for a warrant pursuant to that Act ought to be followed. On that basis, he held that the warrant under which the search had been conducted was invalid.

He further concluded that the fact that there was no specific evidence indicating that the police had acted in anything other than good faith was not relevant to his decision and he did not decide whether the warrantless perimeter search itself constituted a breach of s. 8 of the *Charter*. Millward J. further concluded that the police were not operating under any time pressures or in an emergency situation and as such ought to have pursued the appropriate warrant under s. 12 NCA. He held that to the extent that the warrant received was invalid, the search of the premises was not legally authorized and thus was unreasonable contrary to s. 8 of the *Charter* and excluded the evidence obtained pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The evidence that remained was insufficient and the respondent was acquitted.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1992), 73 C.C.C. (3d) 315

(1) Reasons of the Majority (Legg J.A., Wood J.A. concurring)

Legg J.A., writing for a majority of the court, concluded that the warrantless perimeter searches of the residence conducted by the police officers on September 7, 20 and 21, 1989 constituted unreasonable searches which thus violated s. 8 of the *Charter* and agreed with the trial judge that the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2). He noted that the decision of this Court in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, stated that the burden was upon the Crown to demonstrate that a search conducted by police without prior authorization was reasonable. He concluded that the Crown in the case at bar had failed to reveal any circum-

des dispositions du *Code criminel*. Bien qu'il ait statué que le libellé du par. 487(1), qui permet la délivrance d'un mandat de perquisition relativement à «un bâtiment, contenant ou lieu», est suffisamment général pour comprendre une maison d'habitation, le juge Millward a conclu que le mandat doit être décerné en vertu de la LS si l'infraction soupçonnée avoir été commise est une infraction à cette loi. Pour ce motif, il a conclu à l'invalidité du mandat en vertu duquel la perquisition avait été effectuée.

Le juge Millward a également affirmé que l'absence de preuve spécifique indiquant que la police n'aurait pas agi de bonne foi n'était pas pertinente dans sa décision et il n'a pas déterminé si les perquisitions périphériques sans mandat constituaient en soi une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il a aussi conclu que la police n'a pas justifié d'un court délai ni d'une situation d'urgence et qu'elle aurait dû obtenir le mandat requis en vertu de l'art. 12 LS. Il a statué que la perquisition des lieux n'était pas légalement autorisée dans la mesure où le mandat obtenu à cette fin n'était pas valide et qu'elle était en conséquence abusive selon l'art. 8 de la *Charte*; il a ensuite écarté, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus. Les autres éléments de preuve n'étaient pas suffisants et l'intimé a été acquitté.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1992), 73 C.C.C. (3d) 315

(1) Les motifs de la majorité (le juge Legg, avec l'appui du juge Wood)

Le juge Legg, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a conclu que les perquisitions périphériques de la résidence, effectuées sans mandat par les policiers les 7, 20 et 21 septembre 1989, étaient abusives et, en conséquence, contraires à l'art. 8 de la *Charte*; à l'instar du juge du procès, il a statué que les éléments de preuve ainsi obtenus devaient être écartés conformément au par. 24(2). Il a indiqué que, dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, notre Cour a indiqué qu'il appartient au ministère public d'établir qu'une perquisition effectuée par la police sans autorisation préalable n'est pas abusive. Il a conclu

stances indicating time pressures, the existence of an emergency or sound policy reasons for the failure of the police to seek and obtain a search warrant pursuant to s. 12 *NCA*. As such, the perimeter searches constituted a breach of the respondent's s. 8 *Charter* rights.

Legg J.A. considered the validity of the search warrant issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code* to be relevant to the determination of whether the information gained through the warrantless perimeter searches ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He concluded that the search warrant with respect to the Trillium Place residence ought to have been issued pursuant to s. 12 *NCA* rather than under s. 487 of the *Criminal Code*. He determined that interpreting s. 487 of the *Criminal Code* to allow for warrants to issue with respect to narcotic related offences would be to impliedly repeal s. 12 *NCA*. Legg J.A. indicated that the requirement of naming the peace officer who may execute the warrant pursuant to s. 12 *NCA* was necessary in wake of the expanded powers available to peace officers in conducting a search pursuant to a warrant issued under the *NCA*. Legg J.A. concluded that Parliament could not have intended to repeal this requirement by amending s. 487 of the *Criminal Code* to include warrants relating to investigations for any offence identified in a federal statute and read the decision of this Court in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, as not intending such a conclusion. As such, he found that the search warrants were invalidly issued.

In assessing whether the evidence ought to have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, Legg J.A. referred to the factors set out by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *Kokesch*, *supra*. He found that the impugned evidence constituted real evidence which existed irrespective of the *Charter* breach, so that its admis-

que le ministère public n'a pas fait état de circonstances établissant qu'il fallait agir dans un court délai, ni de l'existence d'une situation d'urgence ou de solides motifs de principe pour lesquels la police n'avait pas cherché à obtenir un mandat de perquisition conformément à l'art. 12 *LS*. Les perquisitions périphériques constituaient donc une violation des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Legg a considéré la validité du mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* pertinente relativement à la question de savoir si les renseignements obtenus lors des perquisitions périphériques sans mandat devaient être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Il a conclu que le mandat de perquisition relativement à la résidence de Trillium Place aurait dû être décerné conformément à l'art. 12 *LS* plutôt qu'en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*. Il a affirmé que ce serait abroger implicitement l'art. 12 *LS* que d'interpréter l'art. 487 du *Code criminel* comme permettant la délivrance de mandats relativement à une infraction en matière de stupéfiants. Le juge Legg a indiqué que la mention exigée du nom de l'agent de la paix qui peut exécuter le mandat conformément à l'art. 12 *LS* est nécessaire compte tenu des vastes pouvoirs dont jouissent les agents de la paix qui effectuent une perquisition conformément à un mandat décerné en vertu de la *LS*. Il a conclu que le législateur ne pouvait pas avoir eu l'intention d'abroger cette exigence lorsqu'il a modifié l'art. 487 du *Code criminel* pour inclure les mandats se rapportant à des enquêtes effectuées relativement à une infraction à toute loi fédérale, et il a ajouté que, à son avis, l'arrêt de notre Cour *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, ne visait pas une telle conclusion. Il a donc statué que les mandats de perquisition avaient été invalidement décernés.

Quand il a examiné si les éléments de preuve auraient dû être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*, le juge Legg a mentionné les facteurs énoncés par notre Cour dans les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *Kokesch*, précité. Il a statué que les éléments de preuve contestés constituaient une preuve matérielle qui existait

sion would not tend to render the trial unfair. Legg J.A. determined that the Crown had failed to establish that the police had acted in good faith since no explanation was offered as to why search warrants were not obtained prior to the perimeter searches given that the officers already had reasonable grounds to believe an offence was being committed. Further, Legg J.A. determined that the violation was serious since there was no urgency involved which necessitated the warrantless perimeter search and other investigative techniques, such as a search warrant pursuant to s. 12 *NCA*, were available. He concluded that the seriousness of the offences involved militated in favour of exclusion of the evidence. On balance, Legg J.A. considered the breach of s. 8 of the *Charter* to have been so serious that the court would be seen to be sanctioning unlawful police behaviour were it to allow the evidence to be admitted so that exclusion of the evidence under s. 24(2) of the *Charter* was necessary in order to avoid bringing the administration of justice into disrepute. Therefore, the acquittals were affirmed.

(2) Dissenting Reasons (Southin J.A.)

Southin J.A. did not deal with whether the searches conducted constituted searches of a dwelling-house within the meaning of s. 12 *NCA*, since this issue was not argued by the Crown. She concluded that the warrants under s. 487 of the *Criminal Code* were validly issued in that a plain reading of the 1985 amendment of that provision indicates that warrants may be issued pursuant to s. 487 with respect to any offence against an Act of Parliament. In so far as the police remained within the limited powers available pursuant to a s. 487 warrant, she concluded that the search was conducted under valid statutory authority.

However, Southin J.A. assumed that a s. 8 violation had occurred when the police trespassed on the respondent's property without a warrant. She determined that the temporal link between the s. 8

indépendamment de la violation de la *Charte*, de sorte que son utilisation n'aurait pas pour effet de rendre le procès inéquitable. Il a déterminé que le ministère public n'avait pas réussi à établir la bonne foi de la police en ce qu'il n'a pas cherché à expliquer pourquoi les policiers n'avaient pas obtenu de mandats de perquisition avant les perquisitions périphériques puisqu'ils avaient déjà des motifs raisonnables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. En outre, le juge Legg a décidé que la violation était grave vu qu'il n'existait aucune urgence justifiant la perquisition périphérique sans mandat et qu'il était possible d'avoir recours à d'autres techniques d'enquête, comme un mandat de perquisition conformément à l'art. 12 *LS*. Il a conclu que la gravité des infractions militait en faveur de l'exclusion des éléments de preuve en cause. Tout compte fait, le juge Legg a considéré que la violation de l'art. 8 de la *Charte* était si grave que la cour serait considérée comme approuvant le comportement illégal de la police si elle jugeait admissible les éléments de preuve en question; il a en conséquence estimé nécessaire d'écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* de façon à ne pas déconsidérer l'administration de la justice. Les acquittements ont donc été confirmés.

(2) Les motifs dissidents (le juge Southin)

Le juge Southin n'a pas examiné si les perquisitions effectuées constituaient des perquisitions d'une maison d'habitation au sens de l'art. 12 *LS* puisque le ministère public n'a pas soulevé cette question. Elle a conclu que les mandats décernés en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* étaient valides puisqu'ils peuvent, selon le sens ordinaire de la modification apportée à cette disposition en 1985, être décernés relativement à une infraction à toute loi fédérale. Dans la mesure où la police a respecté les pouvoirs restreints dont elle dispose en vertu d'un mandat décerné conformément à l'art. 487, le juge Southin a conclu que la perquisition était fondée sur une autorisation légitime.

Toutefois, le juge Southin a affirmé qu'il y a eu violation de l'art. 8 lorsque la police est entrée sans mandat sur le terrain. Elle a décidé que le lien temporel entre la violation de l'art. 8 (tout au moins



violation (at least with regard to the warrantless search of September 21, 1989) and the retention of the search warrants was sufficient to engage s. 24(2) of the *Charter*. In so determining, she relied on the judgment of Dickson C.J. in *Kokesch, supra*. After applying the three-part test with respect to s. 24(2) which was set out by this Court in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, Southin J.A. held that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. She concluded that the impugned evidence was real evidence and thus its admission would not affect the fairness of the trial.

Southin J.A. found that the two violations with respect to the perimeter search of the Trillium Place property were not serious in that it was not anyone's home, but a "forcing house" which was searched given that the respondent actually resided in an apartment in Victoria. Further, she found that the manner of the perimeter searches was reasonable in that they were conducted in broad daylight, unlike the case of *Kokesch, supra*. In determining that the officers had conducted the perimeter searches in good faith, Southin J.A. relied on the decisions of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Nishikihama*, New Westminster No. X02971, November 14, 1991, and *R. v. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, aff'd [1993] 3 S.C.R. 263, for the finding that the applicable appellate law upon which the officers were entitled to rely was that of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Kokesch* (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, which indicated that such a search was legal. Furthermore, the decision of this Court in *Kokesch, supra*, was distinguished on the basis that in that case, the officers conducting the search only suspected that an offence was being committed, while in the case at bar, the officers in question had reasonable grounds to believe an offence was being committed which would have been sufficient to obtain a search warrant.

In view of the fact that the respondent appeared to be "plainly guilty, and the impugned evidence [was] required for a conviction", as set out by this

relativement à la perquisition sans mandat du 21 septembre 1989) et le maintien des mandats de perquisition était suffisant pour déclencher l'application du par. 24(2) de la *Charte*. À cette fin, elle s'est fondée sur la décision du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Kokesch*, précité. Après avoir appliqué le critère à trois volets relatif à l'application du par. 24(2), établi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, elle a statué que l'utilisation des éléments de preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. Elle a conclu que la preuve contestée constituait une preuve matérielle et que son utilisation n'influerait pas sur l'équité du procès.

Selon le juge Southin, les deux violations auxquelles ont donné lieu les perquisitions périphériques dans la propriété de Trillium Place n'étaient pas graves puisque cette propriété n'était le foyer de personne, mais bien une [TRADUCTION] «force-rie», l'intimé résidant dans un appartement à Victoria. En outre, elle a conclu que les perquisitions périphériques avaient été effectuées de façon raisonnable puisqu'elles avaient eu lieu en plein jour, contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire *Kokesch*, précité. En concluant que les policiers avaient effectué les perquisitions périphériques de bonne foi, elle s'est fondée sur les décisions de la Cour suprême de la Colombie-Britannique *R. c. Nishikihama*, New Westminster n° X02971, 14 novembre 1991, et *R. c. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, conf. par [1993] 3 R.C.S. 263, pour conclure que les agents devaient se fier à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. c. Kokesch* (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, suivant lequel une telle perquisition était légale. En outre, le juge Southin a fait une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour *Kokesch*, précité; dans cette affaire, les policiers qui effectuaient la perquisition avaient seulement des doutes quant à la perpétration d'une infraction, alors qu'en l'espèce les agents avaient des motifs raisonnables de croire qu'une infraction était en train d'être commise, ce qui était suffisant pour obtenir un mandat de perquisition.

Puisque l'intimé paraissait «clairement coupable et la preuve contestée [était] nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable», comme notre Cour l'a

Court in *Kokesch, supra*, at p. 34, Southin J.A. concluded that the administration of justice would be brought into disrepute by exclusion of the evidence, especially given the good faith demonstrated by the officers. On that basis, she held that the evidence ought to have been admitted and a new trial ordered.

### III. The Issues

On December 22, 1992, the following constitutional questions were stated by order of the Chief Justice:

1. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it authorizes a search without a warrant of any place other than a dwelling house, inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

2. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it may authorize the perimeter search of a dwelling house without a warrant inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

The constitutional questions and other issues which were raised on appeal require consideration of the following points:

(i) Did the perimeter searches violate s. 8 of the *Charter*?

(a) Were they authorized by s. 10 *NCA*?

(b) If (a) is answered in the affirmative, is s. 10 *NCA* inconsistent with s. 8 of the *Charter* and of no force and effect to the extent that it authorizes the warrantless search of a place other than a dwelling-house and more specifically, the perimeter of a dwelling-house?

(c) Were the perimeter searches executed in an unreasonable manner?

affirmé dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 34, le juge Southin a conclu que l'exclusion de ces éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, notamment en raison de la bonne foi manifestée par les policiers. Pour ce motif, elle a statué que les éléments de preuve auraient dû être utilisés et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### III. Les questions en litige

Le 22 décembre 1992, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, est-il, dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation, incompatible avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est-il, dans cette mesure, inopérant?

2. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, est-il, dans la mesure où il permet d'effectuer sans mandat une perquisition périphérique d'une maison d'habitation, incompatible avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est-il, dans cette mesure, inopérant?

Les questions constitutionnelles et autres soulevées en appel nécessitent l'examen des points suivants:

(i) Les perquisitions périphériques vont-elles à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*?

(a) Étaient-elles autorisées par l'art. 10 *LS*?

(b) Dans l'affirmative, l'art. 10 *LS* est-il incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* et inopérant dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat sauf dans une maison d'habitation, plus particulièrement la perquisition périphérique d'une maison d'habitation?

(c) Les perquisitions périphériques ont-elles été effectuées d'une manière abusive?

(ii) Did the subsequent search warrants and searches conducted thereunder violate s. 8 of the *Charter*?

(a) May search warrants relating to the investigation of offences under the *NCA* be issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*?

(b) If (a) is answered in the affirmative, did the issuance of the search warrants nevertheless violate s. 8 due to the insufficiency of information in support of the search warrants?

(iii) Should the evidence tendered at trial by the Crown be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

#### IV. Pertinent Legislation

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

##### *Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1*

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at

(ii) Y a-t-il eu violation de l'art. 8 de la *Charte* dans le cadre de l'obtention des mandats de perquisition et de l'exécution de ces mandats?

(a) Peut-on obtenir conformément à l'art. 487 du *Code criminel* des mandats de perquisition relativement à une enquête concernant des infractions à la *LS*?

(b) Dans l'affirmative, la délivrance des mandats de perquisition violait-elle néanmoins l'art. 8 compte tenu de l'insuffisance des renseignements présentés à l'appui de la demande de mandats de perquisition?

(iii) Les éléments de preuve déposés au procès par le ministère public devraient-ils être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*?

#### IV. Les textes législatifs pertinents

##### *La Charte canadienne des droits et libertés*

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

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

##### *Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1*

10. L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de l'article 12.

12. Le juge de paix qui est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, dans une maison d'habitation, d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut signer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix

any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

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

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament, or

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

(2) Where the building, receptacle or place in which anything mentioned in subsection (1) is believed to be in any other territorial division, the justice may issue his warrant in like form modified according to the circumstances, and the warrant may be executed in the other territorial division after it has been endorsed, in Form 28, by a justice having jurisdiction in that territorial division.

(3) A search warrant issued under this section may be in the form set out as Form 5 in Part XXVIII, varied to suit the case.

(4) An endorsement that is made on a warrant as provided for in subsection (2) is sufficient authority to the peace officers or the persons to whom it was originally directed and to all peace officers within the jurisdiction of the justice by whom it is endorsed to execute the war-

qui y est nommé à pénétrer dans la maison d'habitation pour y chercher le stupéfiant.

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

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas:

a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale, a été commise ou est présumée avoir été commise;

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

c) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat,

peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix:

d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possibles, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

(2) Lorsque le bâtiment, contenant ou lieu, dans lequel est présumée se trouver une chose mentionnée au paragraphe (1), est situé dans une autre circonscription territoriale, le juge de paix peut décerner son mandat dans la même forme, modifiée selon les circonstances, et le mandat peut être exécuté dans l'autre circonscription territoriale après avoir été visé, suivant la formule 28, par un juge de paix ayant juridiction dans cette circonscription.

(3) Un mandat de perquisition décerné en vertu du présent article peut être rédigé selon la formule 5 de la partie XXVIII, ajustée selon les circonstances.

(4) Un visa apposé à un mandat conformément au paragraphe (2) constitue une autorisation suffisante pour les agents de la paix ou les personnes à qui il a été d'abord adressé et à tous ceux qui ressortissent au juge de paix qui l'a visé d'exécuter le mandat et de s'occuper

rant and to deal with the things seized in accordance with section 489.1 or as otherwise provided by law.

## V. Analysis

### A. *Perimeter Searches*

#### (1) Applicability of Section 10 NCA

The only plausible statutory authority upon which the police could have relied in conducting the warrantless perimeter searches is s. 10 *NCA*. To paraphrase, s. 10 provides that police officers may undertake the warrantless search of a place other than a dwelling-house if they have reasonable grounds to believe that it contains a narcotic by means of or in respect of which an offence contrary to the *NCA* has been committed. The section thus limits perimeter searches in two fundamental ways. First, the search conducted must only involve the perimeter and not the dwelling-house. Second, there must be reasonable grounds to believe that there are narcotics in the place to be searched: the perimeter itself and not the dwelling-house.

It was submitted that the actions of the police in this case could not be brought within s. 10 *NCA* due to the two specified limitations. This is an issue that was not addressed in *Kokesch, supra*, and remains unresolved. In the argument before this Court this issue received little attention by reason of the concession by the Attorney General of Canada that s. 10 should be read down to restrict its availability to circumstances in which it is impracticable to obtain a warrant. Since it was not contended that such circumstances existed in this case, the question as to whether the section would otherwise have authorized the perimeter searches was not pursued by the parties. Only the intervenor Wiley addressed the issue in argument. In view of my conclusion that s. 10 is inoperable to authorize the perimeter searches because it must be restricted as conceded by the Attorney General, it is unnecessary for me to deal with this issue further. It is preferable that it be finally resolved in an appeal in which it is fully argued. Moreover, we have been advised that s. 10, along with other parts of the *NCA*, are being amended by Parliament and there-

des choses saisies en conformité avec l'article 489.1 ou d'une autre façon prévue par la loi.

## V. Analyse

### A. *Les perquisitions périphériques*

#### (1) L'applicabilité de l'art. 10 LS

L'article 10 *LS* est le seul fondement législatif possible des perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police. Il prévoit qu'un policier qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la *LS*, peut perquisitionner sans mandat sauf dans une maison d'habitation. Cet article restreint les perquisitions périphériques de deux façons fondamentales. Premièrement, la perquisition doit viser seulement les environs de la maison d'habitation et non la maison même. Deuxièmement, le policier doit avoir des motifs raisonnables de croire à la présence de stupéfiants dans l'endroit à perquisitionner: les environs de la maison d'habitation et non la maison même.

On a fait valoir que les actes de la police en l'espèce ne pouvaient pas être conformes à l'art. 10 *LS* compte tenu des deux restrictions que je viens de mentionner. C'est une question qui n'a pas été examinée dans l'arrêt *Kokesch*, précité, et qui n'a pas encore été tranchée. Dans les plaidoiries devant notre Cour, cette question a soulevé peu d'attention puisque le procureur général du Canada a admis que l'art. 10 devrait recevoir une interprétation atténuée pour en restreindre l'application aux situations où il est pratiquement impossible d'obtenir un mandat. Puisque l'on n'a pas soutenu que tel était le cas en l'espèce, les parties n'ont pas abordé la question de savoir si l'article permettait par ailleurs d'effectuer des perquisitions périphériques. Il n'y a que l'intervenant Wiley qui a soulevé ce point dans sa plaidoirie. Puisque je suis d'avis que l'art. 10 ne peut servir à autoriser la réalisation de perquisitions périphériques parce qu'il doit recevoir une interprétation restreinte comme l'a admis le procureur général, je n'ai pas à examiner davantage cette question. Il est préférable de la trancher dans le cadre d'un pourvoi dans lequel elle aura

fore this issue may be specifically addressed in the revised legislation.

(2) Constitutional Limitations of Section 10

This issue is whether s. 10 authorizes unreasonable searches and seizures contrary to s. 8 of the *Charter* if it permits a warrantless search of private property absent exigent circumstances which would render it impracticable to obtain a warrant. As I have stated, the Attorney General of Canada conceded that, to the extent that the section authorizes such a search in circumstances in which it is practicable to obtain a warrant, it should be read down. In my opinion, this was a proper concession on the part of the Crown. In this regard, I am in agreement with the conclusion reached by Martin J.A. in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.). Martin J.A.'s review of the history of searches and seizures, the legislation and jurisprudence is so complete that my reasons can be confined to an attempt at defining with as much precision as possible the constitutional limitations of the section and how they relate to the facts of this case.

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court indicated that prior authorization was necessary to ensure the broadest protection of s. 8 rights. In this regard, Dickson J. (as he then was) stated, at pp. 160-61 and 168, that s. 8:

... requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequi-

fait l'objet d'un débat complet. En outre, on nous a informés que le Parlement est actuellement en train de modifier l'art. 10 ainsi que d'autres parties de la *LS*; le texte révisé pourrait bien toucher spécifiquement cette question.

(2) Les restrictions constitutionnelles de l'art. 10

Il s'agit de déterminer si l'art. 10 autorise des perquisitions ou saisies abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où il permet d'effectuer une perquisition sans mandat dans une propriété privée, en l'absence de situation d'urgence qui rendrait pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Comme je l'ai mentionné, le procureur général du Canada a admis que cet article devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure où il autorise une perquisition dans des circonstances où il est pratiquement possible d'obtenir un mandat. À mon avis, le ministère public a eu raison de faire cette admission. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.). L'examen qu'il fait de l'histoire des fouilles, perquisitions et saisies, de la législation et de la jurisprudence en cette matière est tellement complet que je peux me borner à tenter de définir le plus précisément possible les restrictions constitutionnelles de l'art. 10 et la façon dont elles s'appliquent aux faits de l'espèce.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a indiqué qu'une autorisation préalable était nécessaire pour que puisse être accordée la meilleure protection aux droits garantis par l'art. 8. À cet égard, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, aux pp. 160, 161 et 168, que l'art. 8:

... requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devraient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours

site for a valid search and seizure both at common law and under most statutes.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. [Emphasis in original.]

Some exceptions have been developed with respect to the strict application of the requirement for prior authorization in *Hunter, supra*. In situations where an individual can be said to have a lower expectation of privacy, such as in passing through customs at border crossings (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495) or where a search is conducted in connection with a known and ongoing regulatory scheme (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627), this Court has indicated that a less rigorous application of the pre-authorization criterion is appropriate. Nevertheless, this Court remains vigilant with respect to searches conducted in relation to criminal investigations, given that the liberty of individuals is ultimately at stake: *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. Furthermore, it was indicated in *Simmons, supra*, that exceptions to the general rule ought to remain "exceedingly rare" in the face of a strong common law rule against warrantless intrusions onto private property: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2.

été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois.

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux attentes des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. [Souligné dans l'original.]

Certaines exceptions ont été établies relativement à l'application stricte de l'exigence de l'autorisation préalable formulée dans l'arrêt *Hunter*, précité. Dans les situations où les attentes des particuliers en matière de vie privée sont peu élevées, par exemple lorsqu'une personne passe aux douanes (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495) ou encore lorsqu'une perquisition est effectuée dans le cadre de l'exercice d'un régime de réglementation (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627), notre Cour a indiqué qu'il convient d'appliquer d'une façon moins rigoureuse le critère de l'autorisation préalable. Néanmoins, notre Cour accorde une surveillance attentive aux perquisitions effectuées dans le cadre d'enquêtes criminelles puisque c'est la liberté du particulier qui se trouve en jeu: *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. De plus, comme on l'a indiqué dans l'arrêt *Simmons*, précité, les exceptions à la règle générale devraient demeurer «extrêmement rares» puisqu'il existe une solide règle de common law qui s'oppose à toute intrusion sans mandat sur une propriété privée: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2.

The present searches arose in the context of criminal investigations and must be assessed in strict accordance with the approach set out in *Hunter, supra*, especially given the serious penal consequences which may flow from conviction for these offences pursuant to the *NCA*. Cautious protection of the right against unreasonable search and seizure is also warranted in wake of the formidable search powers available to police pursuant to the *NCA*. Not only may police intrude into places where individuals may have very high expectations of privacy, officers may break down walls and doors, seize a wide variety of evidence and search the person of individuals found in the place searched. (See ss. 10, 11 and 14 *NCA*.)

As such, the three criteria identified by this Court in *Hunter, supra*, must be met in order to find that s. 10 *NCA* is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. It is clear from the express wording of the statute that reasonable grounds to believe a narcotic is contained in contravention of the *NCA* in the place to be searched are necessary before a warrantless search of a place other than a dwelling-house will be permissible pursuant to s. 10 *NCA*. This statutory requirement satisfies the first criterion for constitutionality pursuant to *Hunter*.

The second and third criteria identified in *Hunter*, namely, prior authorization by an independent and neutral arbiter and evidence on oath of the grounds for issuance of the warrant, are not a requirement under s. 10 and were clearly absent in the case at bar in relation to the perimeter searches.

This Court has stated that in criminal proceedings, deviations from the *Hunter* standards will rarely be permitted. Nevertheless, warrantless searches of private property have on occasion been upheld by Canadian courts, including this Court. In determining the extent of the constitutional valid-

En l'espèce, les perquisitions ont eu lieu dans le cadre d'enquêtes criminelles et il faut examiner si elles ont été effectuées d'une façon strictement conforme à l'analyse avancée dans l'arrêt *Hunter*, précité, particulièrement compte tenu des graves conséquences pénales que prévoit la *LS* dans le cas d'une déclaration de culpabilité relativement à ces infractions. Il y a également lieu d'accorder une protection attentive au droit contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives compte tenu des pouvoirs considérables de perquisition dont bénéficie la police aux termes de la *LS*. Non seulement les policiers peuvent s'introduire dans des lieux où des particuliers peuvent avoir des attentes très élevées en matière de vie privée, mais ils peuvent démolir des murs et des portes, saisir toute une gamme d'éléments de preuve et fouiller les personnes qui se trouvent dans les lieux perquisitionnés. (Voir les art. 10, 11 et 14 *LS*.)

Les trois critères formulés par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, doivent être respectés si l'on veut établir qu'une perquisition en vertu de l'art. 10 *LS* n'est pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il ressort clairement du libellé du texte qu'il doit exister des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant se trouve, en contravention de la *LS*, dans l'endroit à perquisitionner pour qu'une perquisition sans mandat dans un endroit autre que dans une maison d'habitation puisse être autorisée conformément à l'art. 10 *LS*. Cette exigence législative satisfait au premier critère de constitutionnalité énoncé dans l'arrêt *Hunter*.

Les deuxième et troisième critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*, savoir une autorisation préalable accordée par un arbitre indépendant et neutre et une preuve des motifs, établie sous serment, à l'appui de la délivrance du mandat, ne constituent pas une exigence en vertu de l'art. 10 et n'ont clairement pas été respectés en l'espèce relativement aux perquisitions périphériques.

Notre Cour a précisé que l'on permettra rarement dans les poursuites criminelles une dérogation aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Néanmoins, les tribunaux canadiens, y compris notre Cour, ont à l'occasion permis les perquisitions sans mandat dans une propriété privée. Pour



ity of s. 10, it is necessary to balance two interests: the reasonable expectation of privacy of individuals with respect to the free enjoyment of property against the societal interest in effective law enforcement.

The common law has long demonstrated a respect for freedom from trespass on private property by state authorities, especially where the homes of individuals are involved. That respect for privacy in the home has been expanded by this Court to include other areas in which individuals expect a high degree of privacy, including the office (*Hunter, supra*) and to a lesser degree even a motor vehicle in some cases: see *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. Protection against unreasonable search and seizure is maximized by the requirement that entries by state authorities be pre-authorized by a judicial arbiter. On the other hand, this Court must also consider the societal interest in law enforcement, especially with regard to the illicit drug trade. This pernicious scourge in our society permits sophisticated criminals to profit by inflicting suffering on others. In attempting to strike a balance between these two sets of interests, I have concluded that warrantless searches pursuant to s. 10 NCA must be limited to situations in which exigent circumstances render obtaining a warrant impracticable. Warrantless searches conducted under any other circumstances will be considered unreasonable and will necessarily violate s. 8 of the *Charter*. To the extent that s. 10 NCA authorizes a search in the absence of the limiting circumstances, it is invalid. In these circumstances, it is unnecessary to consider s. 1. See *Baron, supra*, at p. 452.

This exception to the general rule which proscribes warrantless searches must be narrowly construed. In general, the test will only be satisfied where there exists an imminent danger of the loss,

déterminer l'étendue de la constitutionnalité de l'art. 10, il est nécessaire de soupeser deux droits: les attentes raisonnables du particulier en matière de vie privée quant à la libre jouissance de ses biens par rapport au droit de la société en matière d'application efficace de la loi.

La common law démontre depuis longtemps un respect pour la protection contre toute ingérence des autorités gouvernementales sur une propriété privée, notamment lorsqu'il s'agit du foyer d'un particulier. Notre Cour a élargi ce respect de la vie privée à la maison pour inclure d'autres endroits où un particulier a des attentes élevées en matière de vie privée, y compris le bureau (*Hunter, précité*) et, dans une moindre mesure, même un véhicule à moteur dans certains cas: voir *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, et *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives se trouve optimisée lorsqu'un arbitre judiciaire doit préalablement autoriser l'entrée dans un endroit par les autorités publiques. Par contre, notre Cour doit également tenir compte du droit de la société en matière d'application de la loi, notamment dans le domaine du commerce illégal de la drogue. Ce fléau endémique dans notre société permet à des criminels hautement perfectionnés de tirer avantage de la souffrance qu'ils infligent à d'autres. En tentant d'établir un équilibre entre ces deux droits, j'ai conclu que les perquisitions sans mandat prévues à l'art. 10 LS doivent être autorisées seulement lorsqu'une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Les perquisitions sans mandat effectuées dans toute autre circonstance seront considérées comme abusives et nécessairement contraires à l'art. 8 de la *Charte*. Dans la mesure où l'art. 10 LS autorise une perquisition en l'absence de circonstances restrictives, il n'est pas valide. En conséquence, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen en vertu de l'article premier. Voir l'arrêt *Baron, précité*, à la p. 452.

Il faut interpréter d'une façon restrictive cette exception à la règle générale d'interdiction des perquisitions sans mandat. En général, on ne pourra satisfaire au critère que s'il existe un risque

removal, destruction or disappearance of the evidence sought in a narcotics investigation if the search or seizure is delayed in order to obtain a warrant. See *R. v. D. (I.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 289, *per* Sherstobitoff J.A.

Exigent circumstances will often be created by the presence of narcotics on a moving conveyance such as a motor vehicle, a water vessel or aircraft. However, I do not favour a blanket exception for this species of private property. Such an exception does exist under the American Constitution. In *Rao, supra*, Martin J.A. pointed out the justification for the American exception was that vehicles, vessels and aircraft may move away quickly and frustrate an investigation. While I accept this fact, I must also be mindful of the fact that this Court has recognized the existence of an expectation of privacy in respect of motor vehicles, albeit on a lower scale than that which exists in relation to a dwelling or a private office. In *Wise, supra*, the installation of a tracking device in a motor vehicle was held to be an unreasonable search in circumstances in which it would have been practicable for the police to have obtained a search warrant. The capability of these conveyances to move rapidly away will not in all circumstances create a situation in which it is impracticable to obtain a warrant and in which the criteria I have set out above will be present. I agree with the statement of Sherstobitoff J.A. in *R. v. D. (I.D.)*, *supra*, who, in refusing to recognize a blanket exemption in respect of searches of vehicles under the Saskatchewan *Liquor Act*, set out what I consider to be the proper approach (at p. 297):

. . . there is no basis in either s. 8 or in *Hunter v. Southam* to found a blanket exception for vehicle searches. The limits to the exception will be delineated on a case by case basis because they will depend on the facts of each case.

imminent que les éléments de preuve recherchés dans le cadre d'une enquête en matière de stupéfiants soient perdus, enlevés, détruits ou qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée aux fins de l'obtention d'un mandat. Voir l'arrêt *R. v. D. (I.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 289, le juge Sherstobitoff.

Il y aura souvent situation d'urgence lorsqu'il y a des stupéfiants à bord d'un moyen de transport en mouvement, comme un véhicule à moteur, un navire ou un aéronef. Toutefois, je ne suis pas en faveur d'une exception générale relativement à ce type de propriété privée. Il existe une telle exception en vertu de la Constitution américaine. Dans l'arrêt *Rao*, précité, le juge Martin fait remarquer que la justification de l'exception américaine est qu'un véhicule, un navire ou un aéronef peuvent s'éloigner rapidement, ce qui risque de nuire à une enquête. Bien que j'admette ce fait, je dois aussi tenir compte du fait que notre Cour a reconnu l'existence d'une attente en matière de vie privée relativement aux véhicules à moteur, moindre toutefois que celle qui existe à l'égard d'une maison d'habitation ou d'un bureau privé. Dans l'arrêt *Wise*, précité, l'installation d'un dispositif de surveillance électronique dans une voiture a été considérée comme une fouille abusive dans des circonstances où il aurait été pratiquement possible pour la police d'obtenir un mandat de perquisition. Le fait qu'un véhicule de transport puisse s'éloigner rapidement ne rendra pas pratiquement impossible dans tous les cas l'obtention d'un mandat ni ne créera une situation où existeront les critères que j'ai énoncés. Je suis d'accord avec le juge Sherstobitoff dans l'arrêt *R. c. D. (I.D.)*, précité, qui, tout en refusant de reconnaître une exception générale relativement aux perquisitions dans les véhicules en vertu de la *Liquor Act* de la Saskatchewan, a formulé ce qui, à mon avis, constitue la démarche qui convient (à la p. 297):

[TRADUCTION] . . . il n'existe aucun fondement dans l'art. 8 ou dans l'arrêt *Hunter c. Southam* justifiant l'existence d'une exception générale relativement aux perquisitions dans les véhicules. Les limites à l'exception seront établies au cas par cas parce qu'elles dépendront des faits de chaque cas.

To sum up on this point, s. 10 may validly authorize a search or seizure without warrant in exigent circumstances which render it impracticable to obtain a warrant. Exigent circumstances will generally be held to exist if there is an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. While the fact that the evidence sought is believed to be present on a motor vehicle, water vessel, aircraft or other fast moving vehicle will often create exigent circumstances, no blanket exception exists for such conveyances.

To the extent that s. 10 purports to authorize searches and seizures on a wider basis, it is in breach of s. 8 of the *Charter* and inoperable. It is necessary to consider next what the appropriate remedy should be.

### (3) Remedy

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, Lamer C.J., for the Court, set out the range of remedies and the basic approach to their selection, at pp. 695-96:

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in. . . . In choosing how to apply s. 52 . . . a court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.

The Crown has admitted that s. 10 *NCA* is unreasonable in so far as it authorizes warrantless searches of places other than a dwelling-house in circumstances in which it would be practicable to obtain a warrant. The Crown further suggested that the appropriate remedy in the circumstances would be to "read down" s. 10 so as not to authorize war-

En résumé, l'art. 10 peut valablement permettre d'effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie sans mandat en cas de situation d'urgence qui rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. On jugera généralement qu'il y a situation d'urgence s'il existe un risque imminent que les éléments de preuve soient perdus, enlevés, détruits ou qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée. La croyance que des éléments de preuve recherchés se trouvent à bord d'un véhicule à moteur, d'un navire, d'un aéronef ou de tout autre véhicule rapide créera souvent une situation d'urgence; toutefois, il n'existe aucune exception générale pour ces moyens de transport.

Dans la mesure où l'art. 10 autorise les fouilles, les perquisitions et les saisies sur une plus grande échelle, il va à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* et il est inopérant. Il faut maintenant examiner ce que devrait être la réparation appropriée.

### (3) La réparation

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef Lamer a formulé au nom de notre Cour l'éventail de réparations et l'analyse fondamentale à cette fin, aux pp. 695 et 696:

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. [. . .] Lorsqu'il choisit la façon dont il appliquera l'art. 52 [. . .], un tribunal doit déterminer les mesures qu'il prendra eu égard à la nature de la violation et au contexte de la loi visée.

Le ministère public a admis que l'art. 10 *LS* donne lieu à des perquisitions abusives dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation dans des circonstances où il serait pratiquement possible d'obtenir un mandat. Le ministère public est également d'avis que la réparation appropriée dans les cir-

rantless searches where it is feasible to obtain a warrant. I am satisfied that this remedy is the appropriate one considering that the concerns generally associated with “reading down” do not arise in the case at bar. In this regard, I find the reasoning of Martin J.A. in the following passage in *Rao*, *supra*, at p. 125, persuasive:

I have, for the reasons which I have set forth, concluded that the search of an office without a warrant where the obtaining of a warrant is not impracticable, is unreasonable and, to that extent, s. 10(1)(a) [now s. 10] is of no force or effect. On the other hand, the search of an office without a warrant in circumstances where it is not practicable to obtain a warrant may be entirely reasonable. Further, a warrantless search of vehicles, vessels or aircraft, which may move quickly away, may be reasonable where there are reasonable grounds for believing that such contains a narcotic.

Section 10(1)(a) does not, on its face, necessarily clash with s. 8 of the Charter although in some circumstances a warrantless search authorized by that subsection may, in fact, infringe the constitutional requirement of reasonableness secured by s. 8 of the Charter, depending upon the circumstances surrounding the particular search. The statute is inoperative to the extent that it authorizes an unreasonable search.

In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, this Court determined, at p. 104, that the remedy fashioned for a *Charter* violation ought to include application of “the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter*”, while “refrain[ing] from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary”. In that decision, this Court concluded at p. 104 that “[r]eading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which [the Court] alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature.”

constances serait d’accorder «une interprétation atténuée» à l’art. 10 de façon à ne pas autoriser les perquisitions sans mandat lorsqu’il est possible d’obtenir un mandat. Je suis convaincu que c’est la réparation appropriée puisque les préoccupations généralement liées à «l’interprétation atténuée» n’existent pas en l’espèce. Sur ce point, je trouve convaincant le raisonnement du juge Martin dans ce passage de l’arrêt *Rao*, précité, à la p. 125:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j’ai exposés, j’ai conclu que la perquisition sans mandat d’un bureau est abusive dans le cas où il n’est pas pratiquement impossible d’obtenir un mandat et que, dans cette mesure, l’al. 10(1)a [maintenant l’art. 10] est inopérant. Par contre, la perquisition sans mandat d’un bureau peut ne pas être du tout abusive dans des circonstances où il est pratiquement impossible d’obtenir un mandat. Par ailleurs, la perquisition faite sans mandat d’un véhicule, d’un navire ou d’un aéronef, qui peuvent s’éloigner rapidement, peut être raisonnable s’il y a des motifs raisonnables de croire qu’ils contiennent un stupéfiant.

À première vue, l’al. 10(1)a n’est pas nécessairement incompatible avec l’art. 8 de la Charte, quoique dans certaines circonstances une perquisition sans mandat autorisée par cet alinéa peut, en fait, empiéter sur l’exigence quant au caractère non abusif de la perquisition que garantit l’art. 8 de la Charte, en fonction des circonstances entourant la perquisition en question. La loi est inopérante dans la mesure où elle autorise une perquisition abusive.

Dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, notre Cour a déterminé, à la p. 104, que la réparation accordée relativement à une violation de la *Charte* doit inclure l’application des «mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*», et, ce faisant, la cour doit veiller à «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu’il n’est nécessaire». Dans cet arrêt, notre Cour a conclu, aux pp. 104 et 105: «L’interprétation atténuée peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont [la Cour a] déjà fait mention, représente l’empiètement le moins grave sur les fonctions du législateur.»

Assessment of the objective of Parliament and the means chosen to achieve that objective is necessary in determining whether application of the “reading down” remedy would unduly interfere in the parliamentary sphere. In the case at bar, the most basic view of the objective behind s. 10 *NCA* is to ease enforcement of the law related to narcotics offences by specifically authorizing warrantless searches of premises other than dwelling-houses. In “reading down” the provision this Court should not be seen to be interfering with that objective, but to be balancing legitimate concerns for effective law enforcement with the *Charter* right to security against unreasonable search and seizure. Reading the provision down to authorize warrantless searches only where obtaining a warrant would be impracticable recognizes the legitimate parliamentary objective of assuring that in exigent circumstances, where evidence is likely to be lost, destroyed, removed or hidden, warrantless searches of property other than dwelling-houses remain a law enforcement option. The remedy of “reading down” far from usurping the legislative role of Parliament preserves the objectives of Parliament in so far as is possible within constitutional parameters.

Further, the remedy of “reading down” leads to results quite different from those which might be anticipated should this Court strike down the portion of s. 10 relating to warrantless searches. The effect of such a remedy would be to eliminate all warrantless searches. This would remove from the *NCA* one of the most effective weapons in the battle against the drug trade. The distinction in effect between the remedy of a partial declaration of invalidity and “reading down” strengthens the position that the latter would more effectively preserve the objectives of Parliament while maintaining the integrity of s. 8 of the *Charter*.

Il faut examiner l’objectif du législateur et les moyens choisis pour atteindre cet objectif pour déterminer si l’application de la réparation de «l’interprétation atténuée» n’empiéterait pas indûment sur le domaine législatif. En l’espèce, l’art. 10 *LS* vise fondamentalement à faciliter l’application de la loi relativement aux infractions en matière de stupéfiants en autorisant expressément des perquisitions sans mandat sauf dans des maisons d’habitation. En donnant une «interprétation atténuée» à cette disposition, notre Cour ne doit pas être considérée comme empiétant sur cet objectif, mais comme cherchant plutôt à soupeser les préoccupations légitimes de l’application efficace de la loi et le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives prévu dans la *Charte*. L’interprétation atténuée de la disposition de façon à autoriser les perquisitions sans mandat seulement dans les cas où l’obtention d’un mandat est pratiquement impossible reconnaît l’objectif légitime du législateur de faire en sorte qu’il sera toujours légalement possible, dans une situation d’urgence où des éléments de preuve risquent d’être perdus, détruits, enlevés ou dissimulés, d’effectuer des perquisitions sans mandat sauf dans une maison d’habitation. La réparation de «l’interprétation atténuée», loin d’usurper les fonctions du législateur, préserve ses objectifs dans la mesure où il est possible de le faire à l’intérieur des paramètres constitutionnels.

En outre, la réparation de «l’interprétation atténuée» donne lieu à des résultats différents de ceux auxquels on pourrait s’attendre advenant le cas où notre Cour déclarerait inopérante la partie de l’art. 10 ayant trait aux perquisitions sans mandat. Cette réparation aurait alors pour effet d’abolir toutes les perquisitions sans mandat. Ce qui éliminerait de la *LS* l’un des mécanismes les plus efficaces dans la lutte contre le commerce de la drogue. La distinction qui existe entre la réparation d’une déclaration partielle d’invalidité et celle de «l’interprétation atténuée» renforce la position voulant que cette dernière permettrait de préserver plus efficacement les objectifs du législateur, tout en maintenant l’intégrité de l’art. 8 de la *Charte*.

B. *Validity of Section 487 Warrants in Narcotics Investigations*

The respondent alleged, and both courts below agreed, that the search warrant was issued improperly under s. 487 of the *Criminal Code* in that a warrant to search for a narcotic related to an offence committed contrary to the *NCA* can only be issued pursuant to s. 12 *NCA*. I must respectfully disagree with this position on the basis of a plain reading of the section and the decision of this Court in *Multiform, supra*. While I agree that there are significant distinctions between warrants issued under s. 487 of the *Code* and those issued pursuant to s. 12 *NCA*, the restrictions on *NCA* warrants relate expressly to the extended powers granted state agents acting pursuant to them. Without these additional powers, there is no need for similar caution under a *Code* warrant. The differences between the two sources of warrants were identified by this Court in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. Dickson C.J., writing for a majority of this Court in *Strachan*, indicated the following distinctions, at pp. 996-97:

A warrant issued under s. 10(2) [now s. 12] of the *Narcotic Control Act* to search a dwelling place for narcotics is significantly wider in scope than a normal search warrant issued under s. 443 [now s. 487] of the *Criminal Code*. For example, a narcotic search warrant can be executed "at any time," while a warrant under s. 443 can normally be executed only during the day (s. 444). In addition, things seized under a *Criminal Code* warrant must be taken by the police officer to a justice for disposition (s. 443(1)), but there is no such requirement under s. 10(2). The requirement that the officer be named in the warrant to search for narcotics, first enacted in s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, is an important restriction that appears to have been added to counterbalance the wider scope of a search warrant issued under the section. There must be

B. *La validité des mandats de perquisition prévus à l'art. 487 dans le cadre d'enquêtes en matière de stupéfiants*

Selon l'intimé, et les deux tribunaux d'instance inférieure étaient d'accord, le mandat de perquisition a été invalablement décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* puisque ce serait seulement en vertu de l'art. 12 *LS* que peut être décerné un mandat de perquisition visant un stupéfiant relié à la perpétration d'une infraction à la *LS*. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette position vu le sens ordinaire du libellé de l'article et l'arrêt de notre Cour *Multiform*, précité. Bien que je reconnaisse qu'il existe d'importantes distinctions entre les mandats décernés en vertu de l'art. 487 du *Code* et ceux qui le sont conformément à l'art. 12 *LS*, les restrictions applicables aux mandats décernés en vertu de la *LS* se rapportent expressément aux vastes pouvoirs accordés aux mandataires de l'État qui les exécutent. Sans ces pouvoirs additionnels, il n'est pas nécessaire de faire une mise en garde similaire dans le cas d'un mandat décerné en vertu du *Code*. Dans les arrêts *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, notre Cour a fait ressortir les distinctions qui existent entre ces deux types de mandat. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Strachan*, formule les distinctions suivantes, aux pp. 996 et 997:

Un mandat décerné en vertu du par. 10(2) [maintenant l'art. 12] de la *Loi sur les stupéfiants* pour effectuer une perquisition dans une maison d'habitation afin de découvrir des stupéfiants a une portée beaucoup plus grande qu'un mandat de perquisition normal décerné en application de l'art. 443 [maintenant l'art. 487] du *Code criminel*. Par exemple, un mandat de perquisition décerné en vue de découvrir des stupéfiants peut être exécuté «à toute heure», tandis qu'un mandat décerné en application de l'art. 443 ne peut normalement être exécuté que de jour (art. 444). De plus, les choses saisies en vertu d'un mandat décerné conformément au *Code criminel* doivent être apportées par l'agent de police à un juge de paix pour qu'il en dispose (par. 443(1)), mais le par. 10(2) ne comporte aucune exigence de cette nature. L'exigence que l'agent soit nommé dans le mandat de perquisition décerné en vue de découvrir des stupéfiants, qui a été édictée pour la première fois au par. 10(2) de la

some person responsible for the way the search is carried out.

This requirement is met when the officer or officers named in the warrant execute it personally and are responsible for the control and conduct of the search. The use of unnamed assistants in the search does not violate the requirement of s. 10(2) so long as they are closely supervised by the named officer or officers. It is the named officers who must set out the general course of the search and direct the conduct of any assistants. If the named officers are truly in control, participate in the search, and are present throughout, then the use of assistants does not invalidate the search or the warrant.

In so far as police officers act pursuant to a *Criminal Code* warrant, they are restricted in the extent of search powers which they may employ. As such, the need for greater specificity in the search warrant itself is negated. In this way, any policy reason against the application of the more liberal provisions of a *Criminal Code* warrant to narcotics offences is eliminated.

Further, the legislative history of s. 487 of the *Criminal Code* supports the interpretation that this section is meant to permit warrants to issue in relation to any offence prohibited by an Act of Parliament. Prior to 1985, s. 443, the precursor of s. 487, did not expressly authorize issuance of warrants in relation to offences other than those identified in the *Criminal Code*. At that point, s. 443(1)(a) read as follows:

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath . . . that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything upon or in respect of which any offence against this Act has been or is suspected to have been committed, [Emphasis added.]

In keeping with the lack of express authorization for warrants to issue in relation to reasonably apprehended breaches of the *NCA* pursuant to

*Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, chap. 35, constitue une restriction importante qui semble avoir été ajoutée pour faire contrepois à la portée plus large d'un mandat de perquisition décerné en application de l'article. Il doit y avoir une personne responsable de la manière dont la perquisition est effectuée.

L'exigence est respectée lorsque l'agent ou les agents nommés dans le mandat l'exécutent en personne et sont responsables du contrôle de la perquisition et de la manière dont elle est exécutée. Le recours à des assistants non nommés pour effectuer la perquisition ne viole pas l'exigence que pose le par. 10(2) dans la mesure où ils sont étroitement surveillés par l'agent ou les agents nommés. Ce sont les agents nommés qui doivent établir l'orientation générale de la perquisition et diriger tous les assistants. Si les agents nommés contrôlent vraiment la situation, s'ils participent à la perquisition et sont présents en tout temps, alors le recours à des assistants n'a pas pour effet d'invalider la perquisition ou le mandat.

Dans la mesure où les policiers agissent conformément à un mandat décerné en vertu du *Code criminel*, ils possèdent des pouvoirs de perquisition limités. La nécessité de précisions dans le mandat de perquisition se trouve alors neutralisée. De cette façon, on élimine tout motif de principe militant contre l'application des dispositions plus libérales d'un mandat décerné en vertu du *Code criminel* à l'égard des infractions en matière de stupéfiants.

De plus, l'historique législatif de l'art. 487 du *Code criminel* appuie l'interprétation que cette disposition vise à permettre la délivrance de mandats relativement à toute infraction à une loi fédérale. Avant 1985, l'art. 443, celui qui a précédé l'art. 487, n'autorisait pas expressément la délivrance de mandats relativement à des infractions autres que celles prévues dans le *Code criminel*. Voici quel était à l'époque le libellé de l'al. 443(1)a):

443. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment [. . .], qu'il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

a) une chose sur ou concernant laquelle une infraction à la présente loi a été commise ou est soupçonnée avoir été commise, [Je souligne.]

Vu que l'art. 443 du *Code* n'autorisait pas explicitement la délivrance de mandats relativement à une crainte raisonnable de violation de la *LS*, certains

s. 443 of the *Code*, certain courts concluded that search warrants related to narcotics should issue pursuant to s. 12 *NCA* only: *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473 (Ont. C.A.), *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (P.E.I.S.C.). The latter decision emphasized the distinctions between the warrants issued pursuant to the two statutory provisions and concluded that in view of the extreme powers of search and seizure available under the *NCA*, the *NCA* requirement to name the officer who is authorized to execute the warrant was an important one which should not be evaded by issuance of a warrant under the *Code* provision. Whatever the merits of those decisions, it seems reasonable to conclude that the 1985 amendment of the provision demands a different interpretation.

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath . . . that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed, [Emphasis added.]

The effect of the 1985 amendment was noted by Lamer C.J. who wrote for the Court in *Multiform*, *supra*, at p. 631:

In 1985, the words "or any other Act of Parliament" were added to paras. (a) and (b) of s. 443(1) [now s. 487] of the *Code*. On a plain reading, s. 443 would thus apply to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not the statute in question also contains search and seizure provisions. The use of the word "any" unambiguously shows that every single Act of Parliament could fall within the ambit of these paragraphs. [Emphasis added.]

In *Multiform* this Court concluded that warrants could legitimately be issued pursuant to s. 487 of the *Code* in relation to offences suspected to have been committed under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, in spite of the fact that s. 6 of the *Bankruptcy Act* contained a pre-authorization provision. This approach is supported by s. 34 of the

tribunaux avaient conclu que les mandats de perquisition en matière de stupéfiants devaient être délivrés conformément à l'art. 12 *LS* seulement: *Re Goodbaum and The Queen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473 (C.A. Ont.), *Campbell c. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (C.S.Î.-P.-É.). Dans ce dernier arrêt, la cour a fait ressortir les distinctions entre les mandats délivrés conformément à l'une ou l'autre des dispositions législatives et elle a conclu, que la mention, exigée dans la *LS*, du nom de l'agent autorisé à exécuter le mandat, est importante compte tenu des énormes pouvoirs en matière de fouilles, perquisitions et saisies que renferme la *LS*, et qu'il ne devrait pas être possible de contourner cette exigence par la délivrance d'un mandat en vertu du *Code*. Quel que soit le bien-fondé de ces décisions, il semble raisonnable de conclure que la modification de 1985 appelle une interprétation différente.

443. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment [. . .] qu'il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi du Parlement, a été commise ou est soupçonnée avoir été commise, [Je souligne.]

Le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Multiform*, précité, a examiné l'incidence de la modification de 1985 (à la p. 631):

En 1985, les mots «ou à toute autre loi du Parlement» ont été ajoutés aux al. a) et b) du par. 443(1) [maintenant l'art. 487] du *Code*. Selon son sens clair, l'art. 443 s'appliquerait donc aux procédures engagées en vertu de toute loi fédérale, que la loi en question contienne ou non des dispositions prévoyant les perquisitions et les saisies. L'emploi de l'adjectif «toute» montre clairement que chacune des lois du Parlement peut être visée par ces alinéas. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Multiform*, notre Cour a conclu qu'un mandat pouvait être légitimement décerné conformément à l'art. 487 du *Code* relativement à des infractions soupçonnées avoir été commises à l'encontre de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, même si l'art. 6 de la *Loi sur la faillite* prévoyait l'obtention d'une autorisation préalable.



*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides:

34. ...

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

As such, even if s. 487 of the *Criminal Code* were silent with respect to its application to offences under other Acts of Parliament, s. 34(2) of the *Interpretation Act* indicates that the s. 487 warrant provisions would still be applicable. In so far as the offences alleged in the case at bar constitute offences under any Act of Parliament and reasonable grounds are provided on oath, search warrants may issue pursuant to s. 487.

Finally, I would note that to interpret s. 487 of the *Code* and s. 12 *NCA* as overlapping is not to conclude that s. 12 is impliedly repealed by the amendment to s. 487. In fact, the two operate simultaneously and provide separate avenues through which police officers may seek prior authorization with regard to narcotic search and seizure operations. The choice of invocation is left to the police. They are, however, bound by the powers specified under whichever statutory framework they have chosen to apply for a search warrant.

Both a plain reading of the amended provisions of s. 487 of the *Criminal Code* and the decision of this Court in *Multiform, supra*, support the conclusion that issuance of a warrant to search a dwelling-house in relation to a narcotics investigation is permissible either under s. 487 of the *Code* or under s. 12 *NCA*. As such, I have concluded that the warrant in the case at bar was validly issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*.

Cette analyse se fonde sur l'art. 34 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21:

34. ...

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

Ainsi, même si l'art. 487 du *Code criminel* ne précise pas qu'il est applicable aux infractions à d'autres lois fédérales, il le serait quand même en vertu du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*. Dans la mesure où les infractions reprochées en l'espèce constituent des infractions à une loi fédérale et si des motifs raisonnables, déposés sous serment, sont présentés, un mandat de perquisition pourra être décerné conformément à l'art. 487.

Enfin, à mon avis, considérer qu'il y a chevauchement entre l'art. 487 du *Code* et l'art. 12 *LS* ne revient pas à conclure que l'art. 12 est implicitement abrogé par la modification apportée à l'art. 487. En fait, ces deux dispositions s'appliquent simultanément et offrent aux policiers des mécanismes distincts d'autorisation préalable aux fins de fouilles, perquisitions et saisies en matière de stupéfiants. Le choix du mécanisme est laissé aux policiers. Toutefois, quel que soit le fondement législatif de la demande de mandat de perquisition, les policiers devront agir conformément aux pouvoirs que leur confère le texte législatif invoqué.

Tant le sens clair de la modification apportée à l'art. 487 du *Code criminel* que l'arrêt de notre Cour *Multiform*, précité, appuient la conclusion que l'art. 487 du *Code* ou l'art. 12 *LS* peuvent être invoqués aux fins de l'obtention d'un mandat autorisant à perquisitionner dans une maison d'habitation dans le cadre d'une enquête en matière de stupéfiants. C'est pourquoi j'ai conclu que le mandat en l'espèce a été validement décerné conformément à l'art. 487 du *Code criminel*.

### C. Conclusion Regarding Validity of Searches

I have examined the legal principles applicable to the perimeter searches and the search pursuant to the search warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code*. It is necessary to now consider whether, applying these principles, any of the searches were unreasonable and, therefore, contrary to s. 8 of the *Charter* and what effect any such breach has on the reception of the evidence.

The searches in this case fall into two categories:

- (1) perimeter searches without warrant;
- (2) search pursuant to a s. 487 warrant.

No issue was or could be taken that each of these constitutes a search so as to attract the provisions of s. 8 of the *Charter*. The remaining issue is whether they were unreasonable and therefore in violation of s. 8.

With respect to the first category, the perimeter searches, a warrantless search to be reasonable must satisfy three criteria: (i) it must be authorized by law, (ii) the law must be reasonable and (iii) the manner of the search must be reasonable. See *R. v. Collins, supra*. The searches in this case fail the first criterion. The legal authority relied on by the police was s. 10 *NCA*, which I have found is available only in exigent circumstances. There were none here. No argument was presented which would indicate that the officers who conducted the warrantless perimeter searches were unable to obtain a warrant due to exigent circumstances. No evidence was presented which would indicate a reasonable concern that the narcotics contained within the residence would be lost, destroyed, removed or would disappear. In fact, it was admitted that the officers had reasonable grounds sufficient to obtain a warrant before the first warrantless search occurred, and this was certainly the case before the second warrantless search was undertaken. As such, I would conclude that the

### C. Conclusion quant à la validité des perquisitions

J'ai examiné les principes juridiques applicables aux perquisitions périphériques et aux perquisitions effectuées conformément à un mandat délivré en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*. Il nous faut maintenant déterminer si, à la lumière de ces principes, l'une de ces perquisitions a été abusive et, en conséquence, contraire à l'art. 8 de la *Charte*, et, dans l'affirmative, quelle est l'incidence de cette violation sur la réception des éléments de preuve.

En l'espèce, deux types de perquisition ont été effectuées:

- (1) des perquisitions périphériques sans mandat;
- (2) des perquisitions conformément à un mandat décerné en vertu de l'art. 487.

On n'a pas contesté, ni pourrait-on le faire, que chacune des perquisitions effectuées constitue une perquisition aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. Il reste alors à savoir si elles étaient abusives et en conséquence contraires à l'art. 8.

En ce qui concerne le premier type, les perquisitions périphériques, une perquisition sans mandat ne sera pas abusive si elle satisfait à trois critères: (i) elle doit être autorisée par la loi, (ii) la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif et (iii) la fouille ne doit pas avoir été effectuée d'une manière abusive. Voir l'arrêt *R. c. Collins*, précité. En l'espèce, les perquisitions ne satisfont pas au premier critère. Le fondement législatif invoqué par la police était l'art. 10 *LS*, qui, à mon avis, ne peut être invoqué qu'en cas de situation d'urgence, et il n'en existait pas en l'espèce. On n'a présenté aucun argument qui indiquerait que les policiers qui ont effectué les perquisitions périphériques sans mandat ne pouvaient obtenir un mandat à cause d'une situation d'urgence. On n'a pas non plus présenté de preuve établissant que l'on avait une crainte raisonnable que des stupéfiants se trouvant dans la résidence soient perdus, détruits, enlevés ou qu'ils disparaissent. En fait, on a admis que les policiers avaient des motifs raisonnables suffisants pour obtenir un mandat avant la première perquisition sans man-

warrantless perimeter searches in the case at bar were not conducted in accordance with the constitutional limits of s. 10 *NCA* and were therefore unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

With respect to the search pursuant to the warrant issued under s. 487, the respondent submitted that excluding the information obtained by means of the perimeter searches, there was insufficient information to justify the warrant.

The constitutional test for the sufficiency of information underlying a warrant was stated by this Court in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1452, as follows:

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere.

In *Kokesch*, *supra*, this Court determined that evidence obtained during a search under warrant had to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* where the warrant was procured through an information which contained facts solely within the knowledge of police as a result of a *Charter* violation. However, in circumstances such as the case at bar where the information contains other facts in addition to those obtained in contravention of the *Charter*, it is necessary for reviewing courts to consider whether the warrant would have been issued had the improperly obtained facts been excised from the information sworn to obtain the warrant: *Garofoli*, *supra*. In this way, the state is prevented from benefiting from the illegal acts of police officers, without being forced to sacrifice search warrants which would have been issued in any event. Accordingly, the warrant and search conducted thereunder in the case at bar will be considered constitutionally sound if the warrant would have issued had the observations gleaned

dat, et cela était certainement le cas avant la deuxième perquisition sans mandat. C'est pourquoi je suis d'avis de conclure que les perquisitions périphériques sans mandat en l'espèce n'ont pas été effectuées conformément aux restrictions constitutionnelles de l'art. 10 *LS* et qu'elles sont abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

En ce qui concerne la perquisition effectuée conformément au mandat décerné en vertu de l'art. 487, l'intimé a soutenu que, sans les renseignements obtenus lors des perquisitions périphériques, il n'y avait pas suffisamment de renseignements pour justifier la délivrance du mandat.

Dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, notre Cour a formulé, à la p. 1452, le critère qui, du point de vue constitutionnel, permettra de déterminer s'il y a suffisamment de renseignements pour servir de fondement à un mandat:

Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir.

Dans l'arrêt *Kokesch*, précité, notre Cour a statué que les éléments de preuve obtenus au cours d'une perquisition menée en vertu d'un mandat devaient être exclus en vertu du par. 24(2) de la *Charte* dans le cas où le mandat a été obtenu sur la foi d'une dénonciation relatant des faits dont la police n'a pu être au courant que par suite d'une violation de la *Charte*. Toutefois, dans des circonstances comme en l'espèce où la dénonciation faisait état d'autres faits que ceux obtenus en contravention de la *Charte*, le tribunal qui siège en révision doit examiner si le mandat aurait été décerné sans la mention, dans la dénonciation faite sous serment aux fins de l'obtention du mandat, des faits obtenus d'une façon abusive: *Garofoli*, précité. De cette façon, le ministère public ne peut profiter des actes illégaux des policiers, sans être forcé de renoncer à des mandats de perquisition qui auraient été décernés de toute façon. En conséquence, le mandat et la perquisition en l'espèce seront jugés valides en vertu de la Constitution si

through the unconstitutional perimeter searches been excised from the information. It has been admitted that the police had reasonable grounds for the issuance of a warrant before undertaking either of the perimeter searches. This admission on the part of the respondent is eminently proper given the following independent reasonable grounds identified in the information sworn to obtain the warrant.

(1) The respondent had been stopped in a routine roadblock and a large amount of potting soil, plastic tubing and large plastic drums had been seen in his truck;

(2) The police had received a tip from a previously reliable confidential informer that the respondent had, when stopped at the roadblock, been on his way to set up a marijuana growing operation and was part of a marijuana growing organization;

(3) The police had seen the respondent enter 11110 Trillium Place on September 7, 1989, where he had stayed for one and one-half hours; and

(4) The police had found that the power service at 11110 Trillium Place was in the name of Denise A. Grant and that the recent electrical consumption at the address was unusually high.

Furthermore, between the time of the first and second perimeter searches, on September 20, 1989, the police saw the respondent leave the other residence that was searched, pick up a large garden sprayer, go to the 11110 Trillium Place residence, stay there for an hour and return later that day for four more hours. In combination, these independent pieces of information must be held to have constituted sufficient grounds to believe that a restricted narcotic was contained in the Trillium Place residence in contravention of the *NCA*. As such, even expunged of the information gained through the warrantless perimeter searches, the information was sufficient to sustain issuance of a search warrant under the test identified in *Garofoli*, *supra*.

le mandat aurait été décerné sans la mention dans la dénonciation des constatations faites lors des perquisitions périphériques inconstitutionnelles. On a admis que la police avait des motifs raisonnables d'obtenir un mandat avant même d'entreprendre l'une ou l'autre des perquisitions périphériques. Cette admission de l'intimé est tout à fait pertinente compte tenu des motifs raisonnables mentionnés dans la dénonciation faite sous serment à l'appui de la demande de mandat.

(1) L'intimé a été arrêté lors d'un barrage routier; on a trouvé dans son véhicule une grande quantité de terre de rempotage, de tuyaux et de gros tonneaux de plastique;

(2) La police avait appris d'un indicateur, habituellement fiable dont l'identité demeurerait confidentielle, que, lors du contrôle routier, l'intimé s'en allait monter une affaire de culture de chanvre indien et qu'il faisait partie d'une organisation qui cultivait le chanvre indien;

(3) La police avait vu l'intimé entrer au 11110 Trillium Place le 7 septembre 1989, où il était demeuré pendant une heure et demie;

(4) La police avait appris que le compte d'électricité du 11110 Trillium Place était au nom de Denise A. Grant et que la consommation d'électricité y était inhabituellement élevée.

En outre, entre les première et deuxième perquisitions périphériques, la police avait vu l'intimé, le 20 septembre 1989, quitter l'autre résidence perquisitionnée emportant un gros arrosoir de jardin; il s'est ensuite rendu à la résidence du 11110 Trillium Place, y est resté pendant une heure et y est retourné le même jour pendant quatre autres heures. On doit affirmer que l'ensemble de ces éléments d'information donnaient des motifs suffisants de croire à la présence dans la résidence de Trillium Place, en contravention de la *LS*, d'un stupéfiant réglementé. En conséquence, même sans la mention dans la dénonciation des renseignements recueillis lors des perquisitions périphériques sans mandat, cette dénonciation était suffisante pour obtenir un mandat de perquisition en vertu du critère mentionné dans l'arrêt *Garofoli*, précité.

However, the respondent further proposed that the warrants ought to be quashed on the basis that the police officer did not mention the warrantless perimeter search of September 7, 1989 in his information. As this Court indicated in *Garofoli, supra*,<sup>a</sup> at p. 1452, "the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence" are all relevant to a determination as to whether an information expunged of offending data could properly result in issuance of a search warrant. In the case at bar, however, there is no evidence to support the allegation of bad faith on the part of the officer in question. Unlike the situations in *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281 (B.C.C.A.) and *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294 (B.C.C.A.),<sup>c</sup> there is no information to suggest anything other than that the officer inadvertently failed to include mention of the warrantless perimeter search and certainly nothing to suggest a purposeful attempt<sup>d</sup> to deceive the issuing justice.

Section 487 of the *Code* requires that there be reasonable and probable grounds, given on oath, to believe that there is material within the place, building or receptacle to be searched which relates to the commission of an offence against any Act of Parliament before a search warrant may be issued.<sup>e</sup> This statutory requirement meets the constitutional standard set out in *Hunter, supra*, in that prior authorization by a judicial arbiter will not be permitted unless information based on reasonable grounds and given upon oath is put before the issuing justice.<sup>f</sup>

Finally, there is no allegation that the search conducted pursuant to the warrant was conducted in anything but a reasonable manner. The search of 11110 Trillium Place was executed in broad daylight and there is no indication of unreasonable force having been employed. As such, I have concluded that the search executed under the s. 487 warrant was conducted reasonably within the meaning of s. 8 of the *Charter*.<sup>h</sup>

I have concluded that quite apart from the information obtained through the warrantless perimeter searches, there was sufficient information before<sup>j</sup>

Toutefois, l'intimé soutient également que les mandats devraient être annulés au motif que le policier n'a pas mentionné dans la dénonciation la perquisition périphérique effectuée le 7 septembre 1989. Comme notre Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1452: «la fraude, la non-divulgence, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve» sont tous des aspects pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer s'il pourrait y avoir délivrance d'un mandat de perquisition sans la mention dans la dénonciation des données obtenues d'une façon abusive. En l'espèce, la preuve n'appuie aucunement la mauvaise foi reprochée à l'agent en question. Contrairement aux situations dans les arrêts *R. c. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281 (C.A.C.-B.) et *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294 (C.A.C.-B.), rien ne laisse supposer que ce n'est pas par inadvertance<sup>d</sup> que l'agent a omis d'inclure la mention de la perquisition périphérique ou qu'il aurait délibérément tenté de tromper le juge signataire du mandat.

L'article 487 du *Code* indique qu'un mandat de perquisition ne peut être décerné que s'il existe des motifs raisonnables et probables, présentés sous serment, de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu à perquisitionner, se trouve une chose à l'égard de laquelle une infraction à toute loi fédérale a été commise. Cette exigence législative satisfait au critère qui doit être respecté en vertu de la Constitution selon l'arrêt *Hunter*, précité, c'est-à-dire qu'un arbitre judiciaire ne sera pas autorisé à accorder une autorisation préalable à moins d'avoir devant lui une dénonciation fondée sur des motifs raisonnables et établie sous serment.<sup>e</sup>

Enfin, on n'a pas prétendu que l'exécution du mandat de perquisition a été faite d'une manière abusive. La perquisition au 11110 Trillium Place a été effectuée en plein jour et rien n'indique qu'il y a eu emploi d'une force déraisonnable. En conséquence, j'ai conclu que la perquisition exécutée conformément au mandat décerné en vertu de l'art. 487 n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.<sup>h</sup>

J'ai conclu que le juge signataire du mandat possédait, même en l'absence des renseignements obtenus lors des perquisitions périphériques sans<sup>j</sup>

the issuing justice to allow for the issuance of the search warrant in question. Furthermore, there is no evidence to support the allegation that the officer deliberately omitted data relating to the warrantless perimeter search from his sworn information. Finally, I have concluded that the searches executed under warrant were conducted reasonably, in accordance with the constitutional standards established by this Court in *Hunter, supra*. On this basis, the warrants issued properly and the searches conducted under them did not violate s. 8 of the *Charter*. However, this does not eliminate the possibility that the entire search process was tainted by the warrantless perimeter searches which violated s. 8, so the possibility of excluding that evidence under s. 24(2) of the *Charter* must be considered.

#### D. Application of Section 24(2) of the Charter

##### (1) Is Section 24(2) Triggered?

The Crown argued that to the extent that the searches were reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, in that the issuing justice could properly have allowed the warrant to issue even without the information gleaned through the warrantless perimeter searches, there should be no consideration of exclusion pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. I disagree with that submission on the basis that an infringement of s. 8 of the *Charter* has occurred in the investigatory process in the case at bar, quite apart from the fact that a reasonable search was undertaken subsequently pursuant to a valid warrant.

Although there was a time lag between the *Charter* violation and the gathering of the impugned evidence, s. 24(2) has nevertheless been triggered by the initial s. 8 violation in the perimeter searches. In *Strachan, supra*, at pp. 1005-6, Dickson C.J., following the reasons of Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 649, indicated that s. 24(2) will be triggered by the gathering of evidence following the violation.

mandat, suffisamment de renseignements pour lui permettre de décerner le mandat en question. En outre, il n'existe aucune preuve établissant que le policier a délibérément omis de la dénonciation, qu'il a faite sous serment, des données relatives aux perquisitions périphériques effectuées. Enfin, j'ai conclu que les perquisitions en vertu du mandat n'ont pas été effectuées d'une manière abusive et qu'elles ont respecté les critères sur le plan constitutionnel établis par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité. Il n'y a donc pas eu violation de l'art. 8 de la *Charte* lors de la délivrance et de l'exécution des mandats. Toutefois, cela n'élimine pas la possibilité que l'ensemble du processus de perquisition soit entaché d'un vice étant donné que les perquisitions périphériques sans mandat étaient contraires à l'art. 8; c'est pourquoi il faut également examiner la possibilité d'écarter les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

#### D. L'application du par. 24(2) de la Charte

##### (1) Y a-t-il lieu d'appliquer le par. 24(2)?

Le ministère public soutient qu'il n'y a pas lieu d'examiner la possibilité d'écarter des éléments de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte* dans la mesure où les perquisitions ne sont pas abusives au sens de l'art. 8, puisque le juge signataire du mandat aurait pu décerner le mandat même en l'absence des renseignements obtenus lors des perquisitions périphériques sans mandat. Je ne suis pas d'accord avec cet argument au motif qu'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte* lors de l'enquête, indépendamment du fait qu'une perquisition non abusive a été effectuée conformément à un mandat valide.

Bien qu'il se soit écoulé un certain temps entre la violation de la *Charte* et l'obtention des éléments de preuve contestés, l'application du par. 24(2) a néanmoins été déclenchée par la violation initiale de l'art. 8 lors des perquisitions périphériques. Dans l'arrêt *Strachan*, précité, aux pp. 1005 et 1006, le juge en chef Dickson, à la suite des motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 649, a indiqué que l'obtention d'éléments de preuve par suite d'une violation déclenche l'application du par. 24(2):

Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*.

In *Kokesch, supra*, at p. 19, this test was applied to exclude evidence obtained by means of a search warrant which was preceded by an invalid perimeter search.

In the case at bar, there is a sufficient temporal connection between the warrantless perimeter searches and the evidence ultimately offered at trial by the Crown to require a determination as to whether the evidence should be excluded. The warrantless searches, while perhaps not causally linked to the evidence tendered, were nevertheless an integral component in a series of investigative tactics which led to the unearthing of the evidence in question. It is unrealistic to view the perimeter searches as severable from the total investigatory process which culminated in discovery of the impugned evidence. Furthermore, to find otherwise would be to ignore the possible tainting effect which a *Charter* violation might have on the otherwise legitimate components of searches by state authorities. The temporal and tactical connections between the warrantless perimeter searches and the evidence finally offered at trial were sufficient to warrant the conclusion that the evidence was obtained in a manner that violated the constitutional rights of the respondent so as to attract the provisions of s. 24(2) of the *Charter*. Accordingly, I now turn to consider whether the impugned evidence ought to be excluded.

En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*.

Dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 19, ce critère a été appliqué pour écarter une preuve obtenue dans l'exécution d'un mandat de perquisition, qui avait été précédée d'une perquisition périphérique non valide.

En l'espèce, le lien temporel entre les perquisitions périphériques sans mandat et les éléments de preuve ultérieurement déposés au procès par le ministère public est suffisant pour justifier l'examen de l'exclusion de ces éléments de preuve. Quoiqu'elles n'aient peut-être pas un lien causal avec la preuve déposée, les perquisitions sans mandat font néanmoins partie intégrante d'une série de tactiques d'enquête qui ont abouti à la découverte des éléments de preuve en question. Il n'est pas réaliste de considérer que les perquisitions périphériques sont dissociables de tout le processus d'enquête qui a abouti à la découverte des éléments de preuve contestés. En outre, toute autre conclusion ne tiendrait pas compte de l'effet viciateur possible qu'une violation de la *Charte* risque d'avoir sur les composantes par ailleurs légitimes des perquisitions effectuées par les autorités publiques. Les liens sur le plan du temps et des tactiques d'enquête utilisées qui existaient entre les perquisitions périphériques sans mandat et la preuve ultérieurement déposée au procès étaient suffisants pour justifier la conclusion que les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits constitutionnels de l'intimé, ce qui déclenche l'application du par. 24(2) de la *Charte*. En conséquence, j'examinerai maintenant s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve contestés.

(2) Standard for Reconsideration of a Section 24(2) Determination

In *R. v. Mellenthin*, *supra*, this Court indicated that provincial appellate courts should not interfere readily with the decisions of trial judges with respect to the application of s. 24(2). Unless the trial judge makes an unreasonable finding of fact or legal error in applying s. 24(2), the issue should not be reopened. With respect, it would appear that the trial judge in the case at bar erred in the application of s. 24(2). After finding that s. 8 had been violated, the trial judge excluded the impugned evidence without consideration of the factors set out in *Collins*, *supra*, almost as if a violation of s. 8 led automatically to exclusion under s. 24(2). As has been indicated by at least two provincial courts of appeal, the application of s. 24(2) as a rule of automatic exclusion amounts to a reversible error: *R. v. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158 (Alta. C.A.), *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (Nfld. C.A.). Further, the trial judge concluded that the good faith of the police was "by the way" with respect to the s. 24(2) determination, which conflicts with the conclusion of this Court in *Collins*, *supra*, that the good faith of state authorities is relevant to the s. 24(2) decision. On this basis, it would appear that the Court of Appeal acted properly in reviewing the s. 24(2) determination *de novo*.

In *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98, and *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783, this Court determined that it would not interfere with the findings of the courts below on s. 24(2) unless there had been "some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or . . . a finding that is unreasonable". With respect, I find that the Court of Appeal was in error with regard to the determination that the warrant and searches conducted thereunder violated s. 8 of the *Charter*.

(2) Le critère d'un nouvel examen d'une décision relative au par. 24(2)

Dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, précité, notre Cour a indiqué que les tribunaux d'appel provinciaux ne devraient pas s'ingérer trop promptement dans les décisions des juges de première instance en ce qui concerne l'application du par. 24(2). Sauf si le juge du procès tire une conclusion de fait déraisonnable ou commet une erreur de droit dans l'application du par. 24(2), la question ne devrait pas être réexaminée. Avec égards, le juge du procès a apparemment commis en l'espèce une erreur dans l'application du par. 24(2). Après avoir statué qu'il y avait eu violation de l'art. 8, le juge du procès a écarté les éléments de preuve contestés sans procéder à l'examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité, un peu comme si une violation de l'art. 8 entraînait automatiquement l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Comme l'ont indiqué au moins deux cours d'appel provinciales, l'application du par. 24(2) comme règle d'exclusion automatique des éléments de preuve équivaut à une erreur justifiant une révision: *R. c. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158 (C.A. Alb.), *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (C.A.T.-N.). En outre, le juge du procès a conclu que la bonne foi de la police constituait [TRADUCTION] «une question incidente» lorsqu'il faut prendre une décision relativement au par. 24(2), ce qui est contraire à la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Collins*, précité, dans lequel nous avons affirmé que la bonne foi des autorités publiques est un élément pertinent aux fins d'une décision relative au par. 24(2). En conséquence, la Cour d'appel a apparemment eu raison d'examiner de nouveau la décision relative au par. 24(2).

Dans les arrêts *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98, et *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783, notre Cour a affirmé qu'elle ne procéderait pas à la révision des conclusions des tribunaux d'instance inférieure concernant le par. 24(2) en l'absence «d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou [. . .] de conclusion déraisonnable». Avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a décidé que le mandat de perquisition



The Court of Appeal relied relatively equally on the two components of the search which it viewed to be in violation of s. 8 in making the s. 24(2) determination, so that it would be difficult to resolve what decision that court might have reached had the majority made a similar s. 8 determination. Given the fact that I have determined that only the warrantless perimeter searches constituted a violation of s. 8, I find that it is necessary to reconsider the s. 24(2) determination in its entirety. Further, in my opinion, Legg J.A. for the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's finding that there was no evidence that the police acted in other than good faith and in deciding that the seriousness of the offence militated in favour of exclusion under the third "factor" of the s. 24(2) analysis. As indicated by this Court in *Collins, supra*, the correct principle is that if the offence is serious and the impugned evidence is real in nature, it militates in favour of admission since exclusion would lead to acquittal and tend to bring the administration of justice into disrepute. For these reasons I intend to canvass the s. 24(2) determination fully.

### (3) Application of Section 24(2)

In *Collins, supra*, this Court enumerated what have come to be referred to as three sets of "factors" relevant to the determination as to whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. These were methodically set out as follows in *Jacoy, supra*, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" [*Collins, supra*, at p. 284]. One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the

et son exécution étaient contraires à l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel a accordé une importance relativement égale aux deux composantes de la perquisition qu'elle a estimé constituer une violation de l'art. 8 lorsqu'elle a examiné la question de l'application du par. 24(2), de sorte qu'il est difficile de savoir quelle aurait été la décision de la cour si les juges de la majorité avaient rendu une décision similaire en vertu de l'art. 8. Puisque j'ai conclu que seules les perquisitions périphériques sans mandat violent l'art. 8, j'estime nécessaire de réexaminer en totalité la question touchant l'application du par. 24(2). De plus, à mon avis, le juge Legg de la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès quant à l'absence de preuve relative à la bonne foi des policiers et en décidant que la gravité de l'infraction militait en faveur de l'exclusion des éléments de preuve en vertu du troisième «facteur» de l'analyse ayant trait au par. 24(2). Comme notre Cour l'a indiqué dans *Collins*, précité, le bon principe est le suivant: si l'infraction est grave et si les éléments de preuve contestés constituent une preuve matérielle, cela milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve obtenus puisque leur exclusion donnerait lieu à un acquittement et tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. C'est pourquoi j'ai l'intention d'examiner en profondeur la question touchant l'application du par. 24(2).

### (3) L'application du par. 24(2)

Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a énuméré ce que l'on appelle couramment les trois groupes de «facteurs» pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Ces facteurs ont été méthodiquement énoncés dans l'arrêt *Jacoy*, précité, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve [ . . . ] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» [*Collins*, précité] (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la

*Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible. [Emphasis in original.]

The impugned evidence discovered in a sequence of investigative activity following the warrantless perimeter searches was real evidence, similar to that found in *Kokesch, supra*. As Lamer J. (as he then was) in *Collins, supra*, indicated at p. 284: "Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone." As such, I find that given that the impugned evidence is real in nature, its admission would not tend to render the trial unfair.

The "good faith" of the officers involved is a relevant consideration with respect to the seriousness of the *Charter* violation: *Kokesch, supra*. The trial judge made the following findings that are relevant to the officers' good faith:

The fact that the police may have acted reasonably and in accordance with policy, and I take that expression to mean policy of some officers superior in the organization to the officers attempting to implement the programme, that in itself is neither here nor there.

There is nothing to suggest on the material before me that the police have acted other than in good faith or

*Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finalement, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible. [Souligné dans l'original.]

Les éléments de preuve contestés découverts dans le cadre d'une série d'enquêtes postérieures aux perquisitions périphériques sans mandat constituent une preuve matérielle, semblable à celle qui existait dans l'arrêt *Kokesch*, précité. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a indiqué dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 284: «Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice.» Puisque la preuve contestée constitue une preuve matérielle, je conclus que son utilisation n'aurait pas pour effet de rendre le procès inéquitable.

La «bonne foi» des policiers en cause constitue un élément pertinent de la gravité de la violation de la *Charte*: *Kokesch*, précité. Le juge du procès a tiré les conclusions pertinentes qui suivent quant à la bonne foi des policiers:

[TRADUCTION] Le fait que la police puisse avoir agi de manière non abusive et conformément à la politique, expression qui à mon avis signifie la politique de certains policiers de rang supérieur dans la hiérarchie par rapport aux policiers qui tentent de mettre le programme en œuvre, n'est pas vraiment pertinent.

Les documents devant moi ne donnent aucunement à entendre que les policiers n'auraient pas agi de bonne

they have in any way singled out the accused Mr. Grant for special treatment, but again that is by the way.

In contrast to the officers who this Court determined not to have acted in good faith in *Kokesch, supra*, the officers in the case at bar relied on what appeared to have been express statutory authority in the form of s. 10 *NCA*. In *Kokesch, supra*, at pp. 33-34, this Court reflected on the instances in which officers have been considered to have acted in good faith pursuant to the s. 24(2) determination.

In each of those cases, the police acted pursuant to express statutory authority that rendered the particular search lawful. The police are entitled, indeed they have a duty, to assume that the search powers granted to them by Parliament are constitutionally valid, and to act accordingly. The police cannot be expected to predict the outcome of *Charter* challenges to their statutory search powers, and the success of a challenge to such a power does not vitiate the good faith of police officers who conducted a search pursuant to the power.

Accordingly, the officers in the case at bar could not have been expected to anticipate that s. 10 *NCA* would be declared unconstitutional in so far as it permits warrantless searches to occur in situations where getting a warrant would be practicable.

Further, it was admitted by the respondent that the officers had reasonable grounds for issuance of a warrant before they ever entered onto the property. As such, the conduct of these officers is distinguishable from those in *Kokesch, supra*, who held only a mere suspicion that an offence had been committed prior to conducting a warrantless perimeter search. It might have been expected, on the basis of the Ontario Court of Appeal decision in *Rao, supra*, that police officers in Ontario would have recognized that warrantless perimeter searches in circumstances where it was practicable to obtain prior authorization constituted a violation of s. 8 of the *Charter*. However, the officers in the case at bar were entitled to rely on the express statutory authority of s. 10 until such time as a court with jurisdiction over the law in British Columbia

foi ou qu'ils auraient choisi l'accusé M. Grant pour un traitement spécial, mais cela est aussi une question incidente.

Contrairement à l'arrêt *Kokesch*, précité, dans lequel notre Cour a statué que les policiers n'avaient pas agi de bonne foi, en l'espèce, les policiers se sont fondés sur ce qui semblait être un pouvoir expressément prévu par la loi, en l'occurrence l'art. 10 *LS*. Dans l'arrêt *Kokesch*, précité, aux pp. 33 et 34, notre Cour a examiné les cas où l'on a jugé que les policiers avaient agi de bonne foi aux fins du par. 24(2):

Dans chacun de ces cas, la police a agi conformément à un pouvoir expressément prévu par la loi qui légitimait la perquisition effectuée. Elle a le droit, et même l'obligation, de présumer que les pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par le Parlement sont constitutionnels, et d'agir en conséquence. On ne peut pas s'attendre à ce que la police prédise le résultat des contestations judiciaires en vertu de la *Charte* de pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par la loi, et le succès de la contestation d'un tel pouvoir n'enlève rien à la bonne foi des policiers qui ont effectué une perquisition en vertu de ce pouvoir.

Par conséquent, les policiers en l'espèce ne pouvaient s'attendre que l'art. 10 *LS* soit déclaré inconstitutionnel dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat dans des situations où il serait pratiquement possible d'obtenir un mandat.

De plus, l'intimé a admis que les policiers avaient, avant même d'entrer dans la propriété pour la première fois, des motifs raisonnables d'obtenir un mandat. La conduite des policiers en l'espèce se distingue donc de celle des policiers dans l'arrêt *Kokesch*, précité, qui soupçonnaient seulement, avant de procéder à la perquisition périphérique sans mandat, qu'une infraction avait été commise. Vu l'arrêt *Rao*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario, on aurait pu s'attendre que les policiers de l'Ontario auraient considéré contraires à l'art. 8 de la *Charte* les perquisitions périphériques sans mandat dans des circonstances où il était pratiquement possible d'obtenir une autorisation préalable. Toutefois, en l'espèce les policiers étaient fondés à se baser sur le pouvoir expressément prévu par l'art. 10 jusqu'à ce qu'un tribunal

rendered a similar decision. As this Court indicated in *Wise, supra*, at p. 544:

Bad faith has been found in situations where there has been a blatant disregard for the *Charter* rights of an accused or where more than one *Charter* right has been violated . . . Good faith has been established in situations where the violation stemmed from police reliance upon a statute or from the following of a procedure which was later found to infringe the *Charter* (see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495).

The case at bar fits the latter category in that the police officers were operating under the assumption that s. 10 *NCA* provided statutory authority for the warrantless perimeter searches conducted. As such, I have concluded that the officers acted in good faith.

There are, however, other factors which render the violation more serious. As was the case in *Kokesch, supra*, the warrantless perimeter search in the case at bar involved trespass by state agents onto private residential property. Given the protection of private property interests which the common law has ordinarily offered, the nature of the trespass is "far from trivial or minimal": *Kokesch, supra*, at p. 29. Further, there was no urgency or necessity to preserve evidence and alternative investigative means were available. It was admitted by the Crown that the police had reasonable grounds to obtain a search warrant before the first perimeter search was conducted. The fact that the officers proceeded with the search without a warrant, even though they had the grounds necessary to obtain one, renders the violation more serious than it would otherwise be. However, the violation was not flagrant, since it was ostensibly authorized by statute and the manner of its execution was quite distinct from the surreptitious night-time search conducted by the officers in *Kokesch, supra*.

The third "factor" to be considered in the s. 24(2) determination is the effect which exclusion of the evidence would have on the repute of the

de la Colombie-Britannique rende une décision similaire. Comme notre Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Wise*, précité, à la p. 544:

On a conclu à la mauvaise foi dans les cas où il y avait eu mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* à un accusé ou lorsque plus d'un droit garanti par la *Charte* avait été violé [. . .]. On a conclu à la bonne foi dans les cas où la violation découlait du fait que la police s'était appuyée sur une loi ou avait suivi une procédure subséquemment jugée contraire à la *Charte* (voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495).

Le présent pourvoi se classe dans la dernière catégorie en ce que les policiers ont agi en tenant pour acquis que l'art. 10 *LS* constituait le fondement législatif des perquisitions périphériques sans mandat. C'est pourquoi j'ai conclu que les policiers ont agi de bonne foi.

Toutefois, il existe d'autres facteurs qui aggravent la violation. Comme dans l'arrêt *Kokesch*, précité, la perquisition périphérique sans mandat effectué en l'espèce constituait une intrusion illégitime par des mandataires de l'État sur une propriété résidentielle privée. Étant donné la protection que la common law accorde généralement à la propriété privée, la nature de l'intrusion n'est «ni anodine ni minime»: *Kokesch*, précité, à la p. 29. En outre, il n'y avait ni situation d'urgence ni état de nécessité quant à la conservation des éléments de preuve et il existait d'autres méthodes d'enquête. Le ministère public a admis que la police avait, avant de procéder à la première perquisition périphérique, des motifs raisonnables pour obtenir un mandat de perquisition. Le fait que les policiers aient perquisitionné sans mandat, même s'ils avaient les motifs nécessaires pour en obtenir un, aggrave la violation. Toutefois, cette violation n'était pas flagrante puisqu'elle était manifestement autorisée par une loi et que la perquisition périphérique a été exécutée de façon tout à fait différente de la perquisition effectuée subrepticement de nuit par les policiers dans l'arrêt *Kokesch*, précité.

Le troisième «facteur» à examiner relativement à la décision à prendre en vertu du par. 24(2) a trait à l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'adminis-

administration of justice. I agree with the analysis of Southin J.A. with regard to the effect of the seriousness of the offence. The more serious the offence in question, the greater the likelihood that the administration of justice would be brought into disrepute by the exclusion of the evidence, especially where the evidence is crucial to a conviction. Possession for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) *NCA* and cultivation of marihuana contrary to s. 6(1) of the same Act are both indictable offences. The former is punishable by a maximum of life imprisonment and conviction for the latter may result in imprisonment for up to seven years. These are serious offences, as is reflected in the respective penalties associated with them. There exists an important social interest in convicting those involved in the illicit drug trade. Exclusion of the impugned evidence in this case renders conviction an impossibility.

While the violations were serious ones in a number of respects, the negative effect of the exclusion of the evidence and the good faith of the officers outweigh the seriousness of the violations, and on balance militate in favour of admission of the evidence. The passage from this Court's decision in *Kokesch, supra*, at p. 34, which was quoted by Southin J.A. in her dissenting reasons is particularly apposite.

The appellant would seem to be plainly guilty, and the impugned evidence is required for a conviction. It cannot be denied that the administration of justice could suffer some degree of disrepute from the exclusion of this evidence.

As such, I conclude that the administration of justice would not be brought into disrepute by the admission of the evidence in these proceedings, notwithstanding that the legislation under which the Crown has attempted to justify the perimeter searches is in part unconstitutional.

tration de la justice. Je suis d'accord avec l'analyse du juge Southin quant à l'effet de la gravité de l'infraction. Plus l'infraction est grave, plus la probabilité est grande que l'exclusion des éléments de preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, particulièrement s'ils sont essentiels à une déclaration de culpabilité. Les infractions de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic en contravention du par. 4(2) *LS* et de culture de chanvre indien en contravention du par. 6(1) de la même Loi sont des actes criminels. La première est punissable de l'emprisonnement à perpétuité et la seconde, d'un emprisonnement maximal de sept ans. Ce sont des infractions graves comme en témoignent les peines dont elles sont assorties. La déclaration de culpabilité de ceux qui participent au commerce illégal de la drogue répond à un intérêt important de la société. En l'espèce, l'exclusion des éléments de preuve contestés rend impossible une déclaration de culpabilité.

Bien que les violations soient graves à plusieurs égards, l'incidence négative de l'exclusion des éléments de preuve et la bonne foi des policiers l'emportent sur la gravité des violations et, dans l'ensemble, militent en faveur de l'utilisation de ces éléments de preuve. Les propos de notre Cour dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 34, cités par le juge Southin dans ses motifs dissidents, sont particulièrement pertinents:

L'appelant semble clairement coupable et la preuve contestée est nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable. Il est indéniable que l'exclusion de cette preuve pourrait, dans une certaine mesure, déconsidérer l'administration de la justice.

En conséquence, je conclus que l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, malgré l'inconstitutionnalité partielle du texte législatif sur lequel s'est appuyé le ministère public pour tenter de justifier les perquisitions périphériques.

*E. Disposition*

The appeal is therefore allowed, the acquittals are set aside and a new trial is ordered. The constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it authorizes a search without a warrant of any place other than a dwelling house, inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

Answer: Yes, to the extent that it authorizes such searches in circumstances other than in exigent circumstances where it would be impracticable to obtain a warrant.

2. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it may authorize the perimeter search of a dwelling-house without a warrant inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

Answer: Yes, to the extent that it authorizes such searches in circumstances other than in exigent circumstances where it would be impracticable to obtain a warrant.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener: Greg Cranston, Vancouver.*

*E. Dispositif*

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les acquittements et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 est-il, dans la mesure où il autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation, incompatible avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est-il, dans cette mesure, inopérant?

Réponse: Oui, dans la mesure où il autorise de telles perquisitions en l'absence de situation d'urgence où il serait pratiquement impossible d'obtenir un mandat.

2. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, est-il, dans la mesure où il permet d'effectuer sans mandat une perquisition périphérique d'une maison d'habitation, incompatible avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est-il, dans cette mesure, inopérant?

Réponse: Oui, dans la mesure où il autorise de telles perquisitions en l'absence de situation d'urgence où il serait pratiquement impossible d'obtenir un mandat.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant: Greg Cranston, Vancouver.*

**Robert Wallace Wiley** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**David Angelo Grant** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WILEY

File No.: 22804.

1992: November 5; 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search of accused's property without a warrant — Whether warrantless perimeter search violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter search of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The police received a tip from an informant indicating that marihuana was being cultivated in a hydroponic grow lab at a certain residence. Two officers went to determine the exact location of the reported residence. They entered onto the property and noted vents on the outside of the house with condensation on them and the smell of fresh marihuana emanating from them. On returning to their detachment they ascertained that the residence whose perimeter had been searched belonged to the accused. An information was sworn which

**Robert Wallace Wiley** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **David Angelo Grant** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. WILEY

N° du greffe: 22804.

<sup>c</sup> 1992: 5 novembre; 1993: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La perquisition violait-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

La police a appris d'un indicateur que se faisait à une certaine résidence la culture hydroponique de chanvre indien. Deux policiers sont allés déterminer l'endroit exact où se trouvait cette résidence. Ayant pénétré sur le bien-fonds, ils ont remarqué à l'extérieur de la maison des bouches d'aération sur lesquelles il y avait de la condensation et desquelles émanait une odeur de marihuana fraîche. De retour au poste de police, ils ont déterminé que la résidence qui avait fait l'objet de la perquisition périphérique appartenait à l'accusé. Une

included the observations of the informant as well as those made during the perimeter search. A search warrant was issued pursuant to s. 12 of the *Narcotic Control Act* ("NCA"). On execution of the warrant, a grow lab containing marihuana plants and related cultivation equipment were located. The trial judge acquitted the accused on charges of unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking. He concluded that the evidence seized by means of the warrant should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since the warrant had been issued on the basis of information obtained through a warrantless perimeter search which was contrary to s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The warrantless perimeter search of the accused's residence was unreasonable and therefore in violation of s. 8 of the *Charter*. A warrantless search to be reasonable must be authorized by law. The only plausible legal authorization in the present case is s. 10 *NCA* and that section is constitutionally applicable to warrantless searches only in situations where exigent circumstances render it impracticable to obtain prior judicial authorization, and no evidence was led to establish such circumstances here.

The warrant and the search and seizure conducted pursuant to it are nonetheless legally valid. The warrant was issued on the basis of five pieces of evidence, namely two tips by an informant, observations made during a police reconnaissance, police inquiries at the station house as to the ownership of the accused's residence and observations made during the warrantless perimeter search. The tips were relevant and reliable and properly taken into account by the issuing justice. Even without the observations made during the warrantless perimeter search, the other facts in the information, taken together, were sufficiently compelling that the warrant would still have been issued. While there is a sufficient temporal connection between the evidence obtained as a result of the search pursuant to the warrant and the warrantless perimeter search to trigger the operation of s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge erred in excluding the evidence. The police acted in good faith relying on s. 10 *NCA* and the Court of Appeal's decision in *R. v. Kokesch*, even though that decision was later overturned by this Court. Furthermore, the evidence was

dénonciation faite sous serment renfermait les constatations de l'indicateur ainsi que celles faites lors de la perquisition périphérique. Un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur les stupéfiants* («*LS*»). À l'exécution du mandat, on a découvert des installations de culture où croissaient des plants de chanvre indien, ainsi que de l'équipement de culture connexe. Le juge du procès a acquitté l'accusé relativement à des accusations de culture illégale et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Il a conclu qu'il y avait lieu d'écarter, conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la preuve saisie à l'aide du mandat puisque celui-ci avait été décerné sur la foi de renseignements recueillis au cours d'une perquisition périphérique sans mandat qui allait à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La perquisition périphérique sans mandat effectuée chez l'accusé était abusive et violait en conséquence l'art. 8 de la *Charte*. Pour qu'elle ne soit pas abusive, une perquisition sans mandat doit être autorisée par la loi. Dans la présente affaire, la seule autorisation légale plausible découle de l'art. 10 *LS* et, du point de vue constitutionnel, cet article ne s'applique aux perquisitions sans mandat qu'en cas de situation d'urgence où il est pratiquement impossible d'obtenir l'autorisation préalable d'un juge, et on n'a produit aucune preuve de l'existence d'une telle situation en l'espèce.

Le mandat ainsi que la perquisition et la saisie effectuées en exécution de celui-ci sont néanmoins juridiquement valides. Le mandat a été décerné sur la foi de cinq éléments de preuve, à savoir: deux tuyaux reçus d'un indicateur, des constatations faites au cours d'une inspection policière, des renseignements pris au poste de police concernant la propriété de la résidence de l'accusé et des constatations faites lors de la perquisition périphérique sans mandat. Il s'agissait de tuyaux pertinents et fiables que le juge de paix qui a décerné le mandat a légitimement pris en considération. Même en l'absence des constatations faites pendant la perquisition périphérique sans mandat, pris ensemble, les autres faits relatés dans la dénonciation sont suffisamment concluants pour que le mandat ait tout de même été décerné. Quoiqu'il existe entre la preuve recueillie au moyen de la perquisition effectuée en exécution du mandat et la perquisition périphérique sans mandat un lien temporel suffisamment étroit pour que s'applique le par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès a commis une erreur en écartant cette preuve. C'est en toute bonne foi



real in nature and was essential to establishing the occurrence of these relatively serious offences.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; **distinguished:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, rev'g (1988), 46 C.C.C. (3d) 194; **referred to:** *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, aff'g (1991), 116 A.R. 1; *R. v. Fiedler*, B.C. Prov. Ct., December 14, 1990; *R. v. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 199], 12.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 9 B.C.A.C. 271, 19 W.A.C. 271, overturning the appellant's acquittal by Collver J. on charges of unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking. Appeal dismissed.

*Greg Cranston and Claire Ducluzeau*, for the appellant.

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

*David M. Rosenberg*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This appeal was heard together with the appeal in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281. After hearing these appeals and while judgment was reserved, we heard the appeal in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223. By reason of the similarity of the issues, Wiley sought and was granted leave to

que la police s'est appuyée sur l'art. 10 *LS* et sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *R. c. Kokesch*, même si cet arrêt a par la suite été infirmé par la Cour suprême du Canada. En outre, il s'agissait d'une preuve matérielle, qui était essentielle pour déterminer que ces infractions relativement graves avaient été commises.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, inf. (1988), 46 C.C.C. (3d) 194; **arrêts mentionnés:** *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, conf. (1991), 116 A.R. 1; *R. c. Fiedler*, C. prov. C.-B., 14 décembre 1990; *R. c. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 199], 12.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 9 B.C.A.C. 271, 19 W.A.C. 271, qui a annulé l'acquittal de l'appelant prononcé par le juge Collver relativement à des accusations de culture illégale et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

*Greg Cranston et Claire Ducluzeau*, pour l'appelant.

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

*David M. Rosenberg*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi a été entendu conjointement avec celui formé dans l'affaire *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281. À la suite de l'audition de ces deux pourvois et pendant qu'ils étaient encore en délibéré, nous avons entendu le pourvoi dans l'affaire *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S.

intervene in *Grant* and presented argument. Reasons for judgment in these three appeals are being released concurrently. As explained in *Grant*, the Attorney General of Canada conceded that s. 10 was inoperable in so far as it purported to authorize a warrantless search absent circumstances in which it was impracticable to obtain a warrant. The Attorney General acknowledged that this concession would apply to this appeal. The present appeal focuses on whether a warrantless search constitutes an unreasonable search and seizure, thereby violating s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and whether evidence obtained in a search subsequent to the violation should be excluded on the ground that its admission would bring the administration of justice into disrepute pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

### I. The Facts

The appellant was acquitted on two charges of unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking under ss. 6(1) and 4(2), respectively, of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 ("NCA"). The acquittals resulted from the exclusion of evidence gained by the police through warrantless perimeter searches which were contained in an information that resulted in issuance of a search warrant. On January 2, 1990, Constable Lamb, an RCMP officer, received a tip from a paid and previously reliable informant which indicated that marihuana was being cultivated in a hydroponic grow lab at a certain residence. The informant gave a detailed description of the residence and its location and said that some seven months earlier he or she had seen about 60 plants growing in a lab in a vented concrete bunker buried below a hot tub attached to the residence. The informant further described the size of the room and the manner in which it was lit. The informant was not questioned as to the way in which this information was obtained. On January 19, 1990, the informant told Constable Lamb that he or she had been in a bush near the residence on

223. En raison de la similarité des questions en litige, Wiley a demandé avec succès l'autorisation d'intervenir dans cette dernière cause, et il y a présenté des arguments. Les motifs de ces trois jugements sont rendus simultanément. Comme cela est expliqué dans l'arrêt *Grant*, le procureur général du Canada a concédé que l'art. 10 était inopérant dans la mesure où il est censé autoriser une perquisition sans mandat en l'absence de circonstances rendant pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Le procureur général a convenu que cette concession s'applique également en l'espèce, où il s'agit de déterminer si une perquisition sans mandat constitue une fouille, une perquisition et une saisie abusives et, partant, une violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si la preuve obtenue au moyen d'une perquisition effectuée à la suite de cette violation devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisque son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### I. Les faits

L'appelant a été acquitté relativement à deux accusations de culture illégale de chanvre indien et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic, infractions respectivement prévues aux par. 6(1) et 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 («LS»). Les acquittements ont résulté de l'exclusion d'éléments de preuve que la police avait obtenus au moyen de perquisitions périphériques sans mandat et dont faisait état une dénonciation sur la foi de laquelle a été décerné un mandat de perquisition. Le 2 janvier 1990, l'agent Lamb de la GRC a appris d'un indicateur payé — qui, jusque-là, s'était montré fiable — que se faisait à une certaine résidence la culture hydroponique de chanvre indien. L'indicateur a donné une description détaillée de la maison en question et de son emplacement et a dit avoir vu environ sept mois auparavant une soixantaine de plantes qui poussaient dans un réduit en béton muni de bouches d'aération, qui se trouvait enfoui sous une cuve thermique annexée à la maison. L'indicateur a en outre donné des précisions concernant la grandeur de la pièce en question et la façon dont elle était éclairée. On ne lui a pas demandé

January 18, 1990 and had detected the smell of marihuana emanating from the premises.

On January 23, 1990, Constable Lamb and another RCMP officer, Constable Lea, set out to determine the exact location of the reported residence. A vented concrete bunker at the rear of the house was observable from the road. Constable Lea entered onto the property and noted approximately twelve vents on the outside of the house, felt condensation on them and noted the smell of fresh marihuana emanating from them.

On return to their detachment, the two officers ascertained that the residence around which the perimeter had been searched belonged to the appellant, Robert Wiley. Constable Lamb swore an information which included the observations of the informant as well as those made during the perimeter search. Further, he indicated that the vent holes were consistent with a hydroponic marihuana grow lab. A search warrant was issued pursuant to s. 12 *NCA*. On execution of the warrant, a grow lab containing 31 marihuana plants and related cultivation equipment were located under the hot tub.

The police felt that they had reasonable and probable grounds to believe a narcotic was present on the premises prior to the warrantless perimeter search. Further, Constable Lea knew of the British Columbia Court of Appeal decision in *R. v. Kokesch* (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. He understood that decision to have indicated that where police had grounds to believe a narcotic was contained inside, trespass on the perimeter was legitimate, although he admitted having known that decision was on appeal to this Court. The trial judge concluded that the evidence obtained through the warrant should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* since the warrant had

comment il avait obtenu ces renseignements. Le 19 janvier 1990, l'indicateur a dit à l'agent Lamb que la veille, alors qu'il se cachait dans un buisson à proximité de la résidence, il avait senti une odeur de marihuana qui s'en dégageait.

Le 23 janvier 1990, l'agent Lamb et l'agent Lea, également de la GRC, se sont mis en devoir de déterminer l'endroit exact où se trouvait la résidence en cause. Un réduit en béton muni de bouches d'aération, qui se trouvait à l'arrière de la maison, était visible depuis le chemin. L'agent Lea, ayant pénétré sur le bien-fonds, a remarqué à l'extérieur de la maison, quelque douze bouches d'aération, sur lesquelles il a constaté, en les touchant, la présence de condensation. De plus, il a senti une odeur de marihuana fraîche qui en émanait.

De retour au poste de police, les deux agents ont déterminé que la résidence qui avait fait l'objet de la perquisition périphérique appartenait à l'appellant, Robert Wiley. L'agent Lamb a signé une dénonciation sous serment qui renfermait les constatations de l'indicateur ainsi que celles faites lors de la perquisition périphérique. En outre, l'agent Lamb a indiqué que les bouches d'aération pouvaient s'expliquer par l'existence d'installations de culture hydroponique de chanvre indien. Un mandat de perquisition a donc été décerné en vertu de l'art. 12 *LS*. À l'exécution du mandat, on a découvert, au-dessous de la cuve thermique, des installations de culture où croissaient 31 plants de chanvre indien, ainsi que du matériel de culture connexe.

De l'avis de la police, il existait des motifs raisonnables et probables de croire à la présence d'un stupéfiant sur les lieux antérieurement à la perquisition périphérique sans mandat. Qui plus est, l'agent Lea était au courant de l'arrêt qu'avait rendu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. c. Kokesch* (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. D'après ce qu'il croyait comprendre, cet arrêt établissait que, si la police avait des motifs de croire à la présence d'un stupéfiant à l'intérieur d'une maison d'habitation, on pouvait légitimement procéder à une perquisition périphérique. Il a cependant reconnu qu'il savait que cet arrêt avait été porté en appel devant notre Cour. Le juge du

been obtained through use of information gleaned through a warrantless perimeter search which was contrary to s. 8 of the *Charter*. As a result, the appellant was acquitted on both charges. However, the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal of the Crown, concluded that the evidence ought to have been admitted and ordered a new trial.

## II. Judgments Below

### A. Supreme Court of British Columbia

Following a *voir dire* with respect to the admissibility of the evidence obtained during the search pursuant to the warrant issued, Collver J. determined that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* since the warrant had been issued at least partially on the basis of observations made during the warrantless perimeter search which violated s. 8 of the *Charter*. After noting the propriety of Constable Lamb's decision not to act on the information received from the informant on January 2, 1990 since the crop to which the informant referred would have matured by the time the information was received, Collver J. considered what he referred to as the other three phases of the investigation involved. Following on the tip of January 19, 1990, the trial judge found that the purpose of the constables' visit to the reported site was to confirm the address and description of the premises.

However, he noted that Constable Lamb in cross-examination admitted that he knew that Constable Lea's entry onto the property constituted trespass, while Constable Lea indicated that he believed the British Columbia Court of Appeal decision in *Kokesch, supra*, to have determined that the entry onto the property was legal. Furthermore, the trial judge found, on the basis of Constable Lamb's testimony in cross-examination, that he believed that he had reasonable and probable grounds to obtain a search warrant prior to entry

procès a conclu que la preuve obtenue grâce au mandat devait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisque ce mandat avait été décerné sur la foi de renseignements recueillis au moyen d'une perquisition périphérique effectuée sans mandat et donc d'une manière contraire à l'art. 8 de la *Charte*. En conséquence, l'appelant a été acquitté relativement aux deux accusations. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cependant accueilli l'appel interjeté par le ministère public, a conclu que les éléments de preuve en question auraient dû être admis et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

## II. Les juridictions inférieures

### A. La Cour suprême de la Colombie-Britannique

À la suite d'un *voir-dire* portant sur l'admissibilité de la preuve obtenue dans le cadre de la perquisition effectuée en exécution du mandat, le juge Collver a conclu qu'il y avait lieu d'écartier cette preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte* puisque le mandat avait été décerné, du moins en partie, sur le fondement de constatations faites au cours de la perquisition périphérique sans mandat qui violait l'art. 8 de la *Charte*. Ayant fait remarquer que c'est à bon droit que l'agent Lamb avait décidé de ne pas donner suite aux renseignements tenus de l'indicateur le 2 janvier 1990, car la récolte dont parlait celui-ci serait déjà venue à maturité à cette date-là, le juge Collver s'est arrêté à ce qu'il a appelé les trois autres phases de l'enquête. Il a conclu qu'à la suite du tuyau reçu le 19 janvier 1990, les policiers se sont rendus à l'endroit en question afin de confirmer l'adresse et la description des lieux.

Le juge Collver a toutefois fait remarquer qu'au cours de son contre-interrogatoire l'agent Lamb a avoué qu'il savait que l'agent Lea avait commis une intrusion en pénétrant sur le bien-fonds. L'agent Lea, de son côté, a dit croire que l'arrêt *Kokesch*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique établissait la légalité de son acte. De plus, le juge du procès a conclu, sur la foi du témoignage qu'a porté l'agent Lamb lors de son contre-interrogatoire, que celui-ci croyait avoir des motifs raisonnables et probables d'obtenir un man-

onto the premises and viewed Constable Lea's having smelled the odour of fresh marijuana to have been "icing on the cake". However, Collver J. found on the basis of Constable Lamb's testimony that this observation, gained as a result of Constable Lea's warrantless perimeter search, did constitute part of the information which led to the subsequent issuance of the search warrant.

Although he noted his sympathy for police officers who find the parameters of their legitimate actions in a state of flux due to the *Charter*, Collver J. adopted the approach of Tweedale J. of the Provincial Court of British Columbia in *R. v. Fiedler*, unreported, December 14, 1990, a decision which relied heavily on the reasoning of this Court in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, in concluding that police should give a "cautious and careful interpretation of previous court decisions" in the area of warrantless searches. In applying this approach to the case at bar, Collver J. concluded at p. 11 that although the actions of Constables Lamb and Lea were not flagrant or wilful, they were "deliberate . . . [and] considered, and . . . that a risk was run." He further relied on this Court's decision in *Kokesch*, *supra*, for the premise that the good faith of the officers involved was a relevant consideration in determining whether the evidence ought to be admitted or excluded. He determined that the officers had not acted in good faith given that one of them was aware that the British Columbia Court of Appeal decision in *Kokesch*, *supra*, had been appealed to this Court.

Having considered the applicable law, Collver J. determined that the information gained through the warrantless perimeter search was critical to the issuance of the search warrant in that the other data contained in the sworn information constituted uncorroborated evidence of an undisclosed infor-

dat de perquisition avant d'entrer sur les lieux et qu'il estimait que l'odeur de marijuana fraîche détectée par l'agent Lea était la [TRADUCTION] «cerise sur le gâteau». Le juge Collver a cependant conclu du témoignage de l'agent Lamb que cette constatation, résultant de la perquisition périphérique sans mandat qu'avait effectuée l'agent Lea, faisait bel et bien partie des renseignements qui ont mené à la délivrance du mandat de perquisition.

Bien que disant sympathiser avec les policiers, qui voient changer en raison de la *Charte* le champ de leurs actes légitimes, le juge Collver a adopté la démarche suivie par le juge Tweedale de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique dans la décision *R. c. Fiedler*, inédite, en date du 14 décembre 1990. Dans cette décision la cour s'est fondée en grande partie sur le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, pour conclure que la police doit se montrer [TRADUCTION] «prudente et circonspecte en interprétant la jurisprudence» concernant les perquisitions sans mandat. Appliquant cette démarche en l'espèce, le juge Collver a conclu, à la p. 11, que les actes des agents Lamb et Lea étaient certes ni flagrants ni prémédités, mais qu'ils étaient tout de même [TRADUCTION] «délibérés [. . . et] réfléchis, et [. . .] qu'un risque a été couru». Le juge Collver a en outre invoqué l'arrêt *Kokesch*, précité, de notre Cour, à l'appui de la proposition selon laquelle la bonne foi des agents en question était un facteur pertinent aux fins de déterminer s'il y avait lieu d'admettre ou d'écarter les éléments de preuve. D'après le juge Collver, les policiers n'ont pas agi de bonne foi étant donné que l'un d'eux savait que l'arrêt *Kokesch*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avait été porté en appel devant notre Cour.

S'étant penché sur les règles de droit applicables, le juge Collver a décidé que les renseignements obtenus au moyen de la perquisition périphérique sans mandat étaient cruciaux pour la délivrance du mandat de perquisition puisque le reste de l'information contenue dans la dénonciation sous serment constituait une preuve non corroborée des constatations d'un indicateur dont l'identité n'a pas été révélée. Le juge Collver est

mant's observations. Colver J. thus concluded as follows, at p. 13:

Because the evidence gathered in that unlawful way was so critical to the decision to obtain a search warrant and to the issuance of that warrant, I am satisfied that the admission of the evidence obtained as a result would bring the administration of justice into disrepute.

As a result, the charges were dismissed and the appellant acquitted.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1991), 9 B.C.A.C. 271

The Court of Appeal for British Columbia overturned the decision of the Supreme Court of British Columbia and determined that the impugned evidence ought to have been admitted. Assuming, without deciding whether the warrantless search had violated s. 8 of the *Charter*, McEachern C.J.B.C., writing for a unanimous court, found at p. 274 that the trial judge had erred in concluding that the decision of this Court in *Kokesch, supra*, had "turned back the clock insofar as investigations which took place prior to [that] decision". He concluded that the law at the time of the warrantless search was as stated by the British Columbia Court of Appeal in *Kokesch, supra*, so that the trial judge ought not to have considered Constables Lamb and Lea to have been acting in other than good faith merely because they relied on a decision which was later overturned by this Court.

In assessing whether the evidence ought to have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, McEachern C.J.B.C. agreed that good faith demonstrated by the officers was one relevant consideration. However, he relied on the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Plant* (1991), 116 A.R. 1, in support of his finding that it was not demonstrated in the case at bar that the officers had acted in a manner other than in good faith merely by relying upon case law which was subsequently overturned. Further, he adopted the factors offered by the Crown in support of the good faith of the actions of the officers. These factors

arrivé en conséquence à la conclusion suivante, à la p. 13:

[TRADUCTION] Puisque la preuve ainsi illégalement recueillie était à ce point cruciale pour la décision d'obtenir un mandat de perquisition et pour la délivrance de ce mandat, je suis convaincu que l'utilisation des éléments de preuve obtenus en conséquence est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En conséquence, les accusations ont été rejetées et l'appelant a été acquitté.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1991), 9 B.C.A.C. 271

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et a statué que les éléments de preuve contestés auraient dû être admis. À supposer sans en décider, que la perquisition sans mandat allait à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*, le juge en chef McEachern, rédigeant les motifs unanimes de la cour, a conclu, à la p. 274, que c'est à tort que le juge du procès a décidé que notre arrêt *Kokesch*, précité, avait [TRADUCTION] «effectué un retour en arrière en ce qui concerne les enquêtes menées antérieurement à [cet] arrêt». Il a conclu que la règle de droit applicable au moment de la perquisition sans mandat était celle énoncée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Kokesch*, précité, de sorte que le juge du procès n'aurait pas dû considérer les agents Lamb et Lea comme agissant de mauvaise foi du simple fait qu'ils se sont fondés sur un arrêt que notre Cour a par la suite infirmé.

En examinant s'il aurait fallu écarter en vertu du par. 24(2) de la *Charte* les éléments de preuve en question, le juge en chef McEachern a convenu que la bonne foi des policiers était un facteur pertinent à prendre en considération. Il a toutefois invoqué l'arrêt *R. c. Plant* (1991), 116 A.R. 1, de la Cour d'appel de l'Alberta, au soutien de sa conclusion qu'on n'avait pas démontré en l'espèce que les policiers avaient agi de mauvaise foi du seul fait de s'être appuyés sur un arrêt qui a par la suite été infirmé. Le juge en chef McEachern a en outre retenu les points avancés par le ministère public pour justifier de la bonne foi des policiers, à

included; (i) the fact that Constable Lea honestly believed that the appellate authority in the area determined that warrantless perimeter searches did not contravene s. 8 of the *Charter*, (ii) the fact that reasonable grounds to believe that marihuana cultivation was occurring on the premises existed prior to the perimeter search, (iii) the fact that the warrant was supportable without the evidence of what Constable Lea saw and smelled during the search and (iv) the fact that the dwelling-house was entered only after judicial authorization was obtained.

McEachern C.J.B.C. further concluded in his s. 24(2) analysis that admission of the evidence would not operate unfairly against the appellant because it was pre-existing physical evidence and relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343, in support of that position. Finally, McEachern C.J.B.C. noted that this Court's decision in *Kokesch, supra*, was binding authority, but found that the case at bar was distinguishable from that case. While the officers in *Kokesch, supra*, were inspired to conduct a night-time perimeter search based on mere suspicion, the officers in the case at bar already had reasonable grounds to obtain a warrant prior to entry onto the property and the search was conducted in broad daylight. Based upon this analysis, McEachern C.J.B.C., for a unanimous court, concluded that sufficient grounds existed for admission of the impugned evidence pursuant to the *Collins* test and ruled that the decision of the trial judge to exclude such evidence was in error. As such, the Crown appeal was allowed, the acquittals set aside and a new trial ordered.

### III. The Issues

1. Did the searches violate s. 8 of the *Charter*?
2. Should the evidence obtained be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

savoir: (i) que l'agent Lea croyait sincèrement que l'arrêt rendu par la Cour d'appel sur cette question établissait qu'on ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte* en effectuant sans mandat des perquisitions périphériques, (ii) qu'il existait antérieurement à la perquisition périphérique des motifs raisonnables de croire que la culture de chanvre indien se faisait sur les lieux en question, (iii) que le mandat aurait pu être obtenu en l'absence de la preuve quant à ce qu'avait vu et senti l'agent Lea lors de cette perquisition, et (iv) que l'on n'est entré dans la maison qu'après avoir obtenu l'autorisation d'un juge.

De plus, le juge en chef McEachern a conclu dans son analyse portant sur le par. 24(2) que l'utilisation des éléments de preuve en cause ne serait pas préjudiciable à l'appelant puisqu'il s'agit d'une preuve matérielle préexistante, point de vue à l'appui duquel il a cité l'arrêt *R. c. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343 de la Cour d'appel de l'Ontario. En dernier lieu, le juge en chef McEachern s'est dit lié par notre arrêt *Kokesch*, précité, mais a distingué cette affaire d'avec la présente espèce. En effet, bien que les policiers dans l'affaire *Kokesch*, précitée, se soient avisés de mener, de nuit, une perquisition périphérique sur le fondement d'un simple soupçon, les policiers en l'espèce avaient déjà des motifs raisonnables d'obtenir un mandat avant de pénétrer sur le bien-fonds. Par ailleurs, la perquisition s'est faite en plein jour. Se fondant sur cette analyse, le juge en chef McEachern, au nom d'une cour unanime, a conclu à l'existence de motifs suffisants d'utiliser, suivant le critère établi dans l'arrêt *Collins*, les éléments de preuve contestés. Il a donc statué que le juge du procès avait commis une erreur en décidant de les écarter. Par conséquent, l'appel du ministère public a été accueilli, les acquittements ont été annulés et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

### III. Les questions en litige

1. Les perquisitions violaient-elles l'art. 8 de la *Charte*?
2. Les éléments de preuve ainsi obtenus devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?

#### IV. Pertinent Legislation

##### *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

#### V. Analysis

##### A. *Did the Searches Violate s. 8 of the Charter?*

There were two searches involved: a warrantless perimeter search and a search pursuant to a warrant issued under s. 12 *NCA*. Different principles apply in determining the reasonableness of each search.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265 ("*Collins* (S.C.C.)"), at p. 278, this Court stated the following with respect to assessment of the reasonableness of a search:

. . . once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of

#### IV. Les dispositions législatives applicables

##### *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1

10. L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de l'article 12.

12. Le juge de paix qui est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, dans une maison d'habitation, d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut signer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix qui y est nommé à pénétrer dans la maison d'habitation pour y chercher le stupéfiant.

##### *d* *Charte canadienne des droits et libertés*

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

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### V. Analyse

##### *e* A. *Les perquisitions violaient-elles l'art. 8 de la Charte?*

Deux perquisitions sont en cause, soit une perquisition périphérique sans mandat et une perquisition en exécution d'un mandat décerné en vertu de l'art. 12 *LS*. Des principes différents s'appliquent à la détermination du caractère abusif ou non de chacune de ces perquisitions.

*i* Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 ("*Collins* (C.S.C.)"), à la p. 278, notre Cour a fait les observations suivantes concernant l'appréciation du caractère abusif ou non d'une fouille:

*j* . . . du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de



showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

In the case at bar, there was no judicial pre-authorization of the perimeter search conducted. It was, therefore, incumbent upon the Crown to establish on a balance of probabilities that the search was nonetheless reasonable in accordance with the above criteria. For the reasons which follow, I have concluded that the Crown has failed to meet this burden.

Searches founded upon either common law principles or statutory provisions may be "authorized by law" within the meaning of s. 8: *Collins* (S.C.C.), *supra*. In the present case, the only plausible legal authorization was a statutory provision: s. 10 *NCA*. That provision authorizes a warrantless search of a place other than a dwelling house where a peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under the *NCA* has been committed. I have concluded that there was no statutory authorization for the warrantless perimeter search. In *Grant*, I concluded that s. 10 *NCA* is only constitutionally applicable to warrantless searches in situations where exigent circumstances render it impracticable to obtain prior judicial authorization. No evidence was led to indicate the exigent circumstances which would have been necessary to bring this search within the constitutional parameters of s. 10. This being the case, I have concluded that the warrantless perimeter search was not authorized by law. Therefore, the Crown has failed to meet the burden set out for it in *Collins* (S.C.C.), *supra*, and I must conclude that the warrantless perimeter search, not being authorized by law, constituted an unreasonable search and violated s. 8 of the *Charter*.

Having concluded that the warrantless perimeter search violated s. 8 of the *Charter*, it is necessary to determine the effect which inclusion of facts

prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

En l'espèce, aucun juge n'a préalablement autorisé la perquisition périphérique. Il incombait donc au ministère public d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'elle n'avait tout de même rien d'abusif suivant les critères énoncés plus haut. Pour les motifs ci-après exposés, j'ai conclu que le ministère public ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Une perquisition fondée sur des principes de common law ou sur des dispositions législatives peut être « autorisée par la loi » et respecter en conséquence l'art. 8: voir l'arrêt *Collins* (C.S.C.), précité. Dans la présente affaire, la seule autorisation légale plausible découlerait d'une disposition législative: l'art. 10 *LS*, aux termes duquel l'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la *LS*, peut perquisitionner sans mandat dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation. J'ai conclu qu'aucune disposition législative n'autorisait la perquisition périphérique sans mandat. Dans l'arrêt *Grant*, j'ai décidé que, du point de vue constitutionnel, l'art. 10 *LS* ne s'applique qu'aux perquisitions sans mandat effectuées dans des situations d'urgence, où il est pratiquement impossible d'obtenir l'autorisation préalable d'un juge. On n'a produit aucune preuve de l'existence d'une situation d'urgence, qui devait pourtant exister pour que la perquisition remplisse les conditions constitutionnelles de l'art. 10. D'où ma conclusion que la perquisition périphérique sans mandat n'était pas autorisée par la loi. Le ministère public ne s'est donc pas acquitté de la charge qui lui incombe aux termes de l'arrêt *Collins* (C.S.C.), précité, et force m'est de conclure que la perquisition périphérique sans mandat, n'ayant pas été autorisée par la loi, était abusive et violait l'art. 8 de la *Charte*.

Vu la conclusion que la perquisition périphérique sans mandat allait à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*, il faut maintenant déterminer l'inci-

obtained during the unconstitutional search in the information in support of the warrant has on its validity. In *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, this Court concluded that a search warrant issued in reliance, in part, on facts which are found to be inadmissible on review will continue to be valid if it can be shown that the warrant would have issued even if the inadmissible facts had been excised from the information sworn to obtain the warrant.

With regard to the standard of review, the decision in *Garofoli* indicated, at p. 1452, that if,

based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere.

Accordingly, if in the case at bar it can be concluded that the search warrant would have issued absent inclusion of the evidence obtained during the warrantless perimeter search, then the warrant and the search and seizures conducted pursuant to it remain legally valid.

The search warrant was issued on the basis of five pieces of evidence relied on to support the reasonable grounds of the belief of the police that an illicit narcotic was contained in the residence of the appellant. They included two tips by a known and previously reliable informant, observations made during a police reconnaissance, police inquiries at the station house as to the ownership of the appellant's residence and observations made during the warrantless perimeter search. This Court has determined that police may not rely upon facts within an information which were obtained in a manner contrary to the *Charter*. See *Grant* and *Kokesch*, *supra*. In order to assess whether the warrant would have issued absent the facts obtained during the constitutionally violative perimeter search, it is necessary to consider whether the other four pieces of information were

dence que peut avoir sur la validité du mandat décerné l'inclusion, dans la dénonciation déposée à l'appui de la demande de ce mandat, de faits découverts au cours de la perquisition inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, notre Cour a dit qu'un mandat de perquisition décerné en partie sur la foi de faits qui, à l'examen, s'avèrent inadmissibles n'en demeure pas moins valide si l'on peut démontrer que le mandat aurait été décerné même si les faits inadmissibles avaient été exclus de la dénonciation sous serment déposée à l'appui de la demande de mandat.

En ce qui concerne la norme applicable en matière de contrôle, il ressort de l'arrêt *Garofoli*, à la p. 1452, que si,

compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir.

Si, par conséquent, on peut conclure en l'espèce que le mandat de perquisition aurait été décerné en l'absence des éléments de preuve recueillis au cours de la perquisition périphérique sans mandat, alors le mandat ainsi que la perquisition et les saisies effectuées en exécution de celui-ci conservent leur validité juridique.

Le mandat de perquisition a été décerné sur la foi de cinq éléments de preuve produits pour justifier du caractère raisonnable de la croyance de la police à la présence d'un stupéfiant illicite dans la résidence de l'appelant. Ces éléments comportaient deux tuyaux reçus d'un indicateur qui était connu de la police et qui s'était montré fiable par le passé, des constatations faites au cours d'une inspection policière, des renseignements pris au poste de police concernant la propriété de la résidence de l'appelant et des constatations faites lors de la perquisition périphérique sans mandat. Notre Cour a statué que la police ne saurait invoquer, dans une dénonciation, des faits découverts d'une manière contraire à la *Charte*. Voir les arrêts *Grant* et *Kokesch*, précités. Pour déterminer si le mandat aurait été décerné en l'absence des faits découverts dans le cadre de la perquisition périphérique

sufficient to constitute the reasonable grounds necessary for warrant issuance pursuant to s. 12 NCA.

In the case at bar, the two tips of an informant which were received by police formed important components of the information sworn to obtain the search warrant. To decide whether these tips properly contributed to the reasonable grounds asserted by police, it is necessary to assess their reliability. In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, this Court determined that the reliability of the tip of an informant depends on an assessment of the totality of the circumstances and specified three areas of concern, at p. 1168:

First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a "tip" originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search?

The first tip received by police indicated that the appellant was engaged in a hydroponic marijuana growing operation in his residence. The tip was rendered more compelling by the informant's detailed description of the residence and its location and a statement which indicated that the informant had seen 60 marijuana plants growing in a lab in a concrete bunker below a hot tub attached to the house. The second tip, obtained just a few days prior to issuance of the search warrant, from the same informant, indicated that the informant had detected the smell of marijuana emanating from the appellant's premises. Both of these tips contained information with sufficient detail and accuracy to categorize them as compelling.

The source of the two tips was credible. The police knew the identity of the informant and indicated that he or she had been a reliable source of information in the past. Thus, the credibility of the

inconstitutionnelle, il nous faut examiner si les quatre autres renseignements suffisaient pour constituer les motifs raisonnables nécessaires pour la délivrance d'un mandat en vertu de l'art. 12 LS.

En l'espèce, les deux tuyaux donnés à la police par l'indicateur représentaient des éléments importants de la dénonciation sous serment déposée à l'appui de la demande de mandat de perquisition. Pour déterminer si ces tuyaux venaient légitimement renforcer les motifs raisonnables allégués par la police, il est nécessaire d'en apprécier la fiabilité. Dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, notre Cour a dit que la fiabilité d'un tuyau provenant d'un indicateur tient à une appréciation de l'ensemble des circonstances. La Cour a précisé à ce propos trois facteurs à prendre en considération, à la p. 1168:

Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d'une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l'enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille?

D'après le premier tuyau communiqué à la police, l'appelant se livrait à la culture hydroponique de chanvre indien dans sa résidence. Ce tuyau était d'autant plus convaincant que l'indicateur donnait une description détaillée de la résidence et de son emplacement et qu'il affirmait avoir vu 60 plants de chanvre indien qui poussaient dans des installations aménagées dans un réduit en béton qui se trouvait au-dessous d'une cuve thermique annexée à la maison. Le second tuyau, reçu du même indicateur seulement quelques jours avant que ne soit décerné le mandat de perquisition, révélait que cet indicateur avait détecté une odeur de marijuana émanant de chez l'appelant. L'un et l'autre tuyau étaient suffisamment détaillés et exacts pour qu'ils puissent être qualifiés de convaincants.

De plus, les deux tuyaux provenaient d'une source digne de foi. L'indicateur était connu de la police et, selon elle, avait été par le passé une source fiable de renseignements. La crédibilité de

informant was established without the need to infer it from the fact that the tip given proved accurate on subsequent inspection by police.

The tips were corroborated in subsequent police reconnaissance. The police were able to confirm from the road outside of the appellant's residence that a low, vented concrete structure was located at the back of the house. Not only was this consistent with the description offered by the informant in the first tip, the police were able to confirm from past experience that the existence of the vents was in keeping with a hydroponic marijuana growing operation, thereby supporting the second tip with respect to the odour of marijuana emanating from the premises.

On this basis, I would conclude that the tips were relevant and reliable and properly taken into account by the issuing justice in determining whether the officers had reasonable grounds to believe that an illicit narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA*. The appellant argued that the tips of the informant ought not to be accepted as part of the reasonable grounds for issuance of the warrant on the basis that it appeared that the informant had trespassed in order to obtain the information in the second tip. Even if this Court accepts that the informant trespassed on the property of the appellant in order to obtain the information revealed to police, there is no evidence to indicate that the police in any way encouraged the informant to use illegal means to obtain information, nor that the informant was an agent of the police. In fact, the police instructed the informant not to commit any illegal acts, in accordance with the standard caution given to informants. As such, this is not a case where the police created grounds for their reasonable belief on the basis of their own illegal acts or those of their agents. This case is thus distinguishable from *Kokesch, supra*, where it was the illegal acts of the police themselves which created the basis for their reasonable belief. Given that the tips meet the test set out by this Court in *Debot, supra*, and ought not to be excised from the information on the basis of wrongdoing by the police, the issuing justice

l'indicateur était donc établie sans qu'il fût besoin de l'inférer du fait que le tuyau donné s'est révélé exact sur inspection subséquente par la police.

Cette inspection ultérieure qu'a effectuée la police a permis de corroborer les tuyaux en question. Depuis le chemin à l'extérieur de la résidence de l'appelant, la police a pu confirmer qu'il y avait à l'arrière de celle-ci une construction peu élevée munie de bouches d'aération, ce qui non seulement cadrait avec la description donnée par l'indicateur dans son premier tuyau, mais a permis à la police de confirmer, d'après l'expérience, que l'existence de ces bouches témoignait d'activités de culture hydroponique de chanvre indien. Cela venait donc étayer le second tuyau, à savoir celui relatif à l'odeur de marijuana qui se dégageait des lieux.

Sur ce fondement, je concluais que les tuyaux étaient pertinents et fiables et que le juge de paix qui a décerné le mandat les a légitimement pris en considération pour déterminer si les policiers avaient des motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant illicite dans la résidence de l'appelant en contravention de la *LS*. L'appelant a fait valoir que les renseignements fournis par l'indicateur ne devraient pas être admis comme faisant partie des éléments établissant l'existence de motifs raisonnables de décerner le mandat, car il semble que l'indicateur a commis une intrusion afin d'obtenir le renseignement du second tuyau. Même si notre Cour tenait pour avéré que l'indicateur a effectivement commis une intrusion sur le bien-fonds de l'appelant pour obtenir les renseignements communiqués à la police, rien n'indique que celle-ci ait de quelque manière incité l'indicateur au recours à des moyens illégaux pour recueillir des renseignements, ni qu'il était le mandataire de la police. En fait, la police a dit à l'indicateur de ne pas commettre d'actes illégaux, ce qui est d'ailleurs la mise en garde habituelle donnée aux indicateurs. Nous ne nous trouvons donc pas en présence d'un cas où la police, par ses propres actes illégaux ou par ceux de ses mandataires, a créé des motifs pour sa croyance raisonnable. La présente espèce peut donc être distinguée d'avec l'affaire *Kokesch, précitée*, dans laquelle les actes illégaux de la police elle-même ont créé le fondement de sa

properly relied on the facts derived from the tips in the information sworn to obtain the search warrant.

In addition, other information was also available. As previously indicated, the police had conducted a reconnaissance of the premises which confirmed the existence of the vented concrete bunker attached to the appellant's residence which was consistent with the existence of a hydroponic marijuana growing operation. Finally, the police could also rely on inquiries made at the station-house which revealed that the house was the residence of the appellant, which was important for the purposes of identifying the suspect in the information sworn to obtain the search warrant.

Employing the standard set out by this Court in *Garofoli, supra*, I would conclude that even without the observations made during the warrantless perimeter search, the police in the case at bar had reasonable grounds to believe that a narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA*. For that reason, I must respectfully disagree with the finding of the trial judge that the evidence relating to the warrantless perimeter search was crucial to issuance of the search warrant. The other facts contained in the information, when taken together, were sufficiently compelling to convince me that the warrant would still have issued. The same conclusion was reached by McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal. Therefore, the search and seizures were judicially pre-authorized and reasonable and did not constitute a violation of s. 8 of the *Charter*.

croyance raisonnable. Puisque les tuyaux en cause satisfont au critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Debot*, précité, et qu'ils ne devraient pas être radiés de la dénonciation en raison d'actes illicites commis par la police, c'est à bon droit que le juge de paix qui a décerné le mandat de perquisition s'est fondé sur les faits, tirés des tuyaux reçus, consignés dans la dénonciation sous serment produite pour l'obtention de ce mandat.

On disposait par ailleurs d'autres renseignements. Comme il a déjà été indiqué, la police avait fait une inspection des lieux qui avait confirmé l'existence du réduit en béton muni de bouches d'aération annexé à la résidence de l'appellant, lesquelles installations pouvaient s'expliquer par des activités de culture hydroponique de chanvre indien. Enfin, la police pouvait également se fonder sur les renseignements pris au poste de police, d'où il ressortait que l'appellant habitait la maison en question. Ce dernier renseignement était important aux fins de l'identification du suspect dans la dénonciation sous serment déposée en vue d'obtenir le mandat de perquisition.

Appliquant la norme établie par notre Cour dans l'arrêt *Garofoli*, précité, je concluais que, même en l'absence des constatations faites pendant la perquisition périphérique sans mandat, la police en l'espèce avait des motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant chez l'appellant, ce qui constituait une infraction à la *LS*. Pour cette raison, je ne puis, en toute déférence, souscrire à la conclusion du juge du procès que la preuve obtenue au moyen de la perquisition périphérique sans mandat était vitale pour la délivrance du mandat de perquisition. Pris ensemble, les autres faits relatés dans la dénonciation sont suffisamment concluants pour me convaincre que le mandat aurait tout de même été décerné. Telle a également été la conclusion du juge en chef McEachern en Cour d'appel. Il s'ensuit que la perquisition et les saisies avaient reçu l'autorisation préalable d'un juge, n'avaient rien d'abusif et n'allaient pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*.

B. *Exclusion of Evidence Under s. 24(2) of the Charter*

Although the evidence sought to be excluded was obtained as a result of a search pursuant to a valid search warrant, this does not end the matter. As I explained in *Grant*, it is necessary to determine whether the evidence was “obtained in a manner” that infringed the *Charter* by reason of the perimeter search which I have held violated s. 8 of the *Charter*. The connection between the evidence ultimately unearthed and the warrantless perimeter search, in my view, constitutes a sufficient temporal connection to trigger operation of s. 24(2) of the *Charter*. As I indicated in *Grant*, although the warrantless perimeter search was not essential to the search and seizure validly conducted pursuant to a warrant, all of these actions formed component parts of an ongoing investigation and thus are not sufficiently remote from one another to diminish their temporal connection.

As stated in *Grant*, at p. 256, this Court will not ordinarily interfere with the s. 24(2) determination of a court of appeal absent “some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or ... a finding that is unreasonable”. See *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98, and *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783.

In this case, the Court of Appeal overruled the trial judge who excluded the evidence. It did so principally on the basis that the trial judge erred in respect of his determination that the police did not act in good faith. The Court of Appeal was of the view that the trial judge considered that the judgment of this Court “turned back the clock” in respect of investigations which pre-dated that judgment. I agree that this was an error on the part of the trial judge and that, for this reason, it was appropriate for the Court of Appeal to interfere with the trial judgment. Moreover, I agree with McEachern C.J.B.C. that the police acted in good faith relying on the judgment of the Court of

B. *L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la Charte*

Quoique les éléments de preuve que l'on cherche à faire écarter aient été recueillis au moyen d'une perquisition effectuée en exécution d'un mandat valide, cela ne vide pas la question. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Grant*, il faut déterminer si les éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions» qui violaient la *Charte* en raison de la perquisition périphérique qui, ai-je conclu, allait à l'encontre de l'art. 8. À mon avis, le lien temporel entre la preuve finalement recueillie et la perquisition périphérique sans mandat est suffisamment étroit pour que s'applique le par. 24(2) de la *Charte*. Ainsi que je l'ai indiqué dans l'arrêt *Grant*, bien que la perquisition périphérique sans mandat n'ait pas été essentielle à la perquisition et à la saisie effectuées valablement en vertu d'un mandat, chacun de ces actes faisait partie intégrante d'une enquête en cours et ils n'étaient en conséquence pas suffisamment séparés les uns des autres pour affaiblir le lien temporel existant entre eux.

Comme on le dit dans l'arrêt *Grant*, à la p. 256, notre Cour ne touchera pas en temps normal à une détermination faite par un tribunal d'appel conformément au par. 24(2), en l'absence «d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou [...] de conclusion déraisonnable». Voir les arrêts *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98, et *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783.

En l'espèce, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès portant exclusion des éléments de preuve en cause. Cette infirmation reposait surtout sur le fait que le juge avait commis une erreur en concluant que la police n'avait pas agi de bonne foi. De l'avis de la Cour d'appel, le juge du procès avait considéré que l'arrêt de notre Cour avait «effectué un retour en arrière» en ce qui concerne les enquêtes antérieures à cet arrêt. Je conviens qu'en cela le juge du procès a eu tort et que, pour cette raison, la Cour d'appel a eu raison d'infirmier la décision de première instance. De plus, comme le juge en chef McEachern, j'estime que c'est en toute bonne foi que la police s'est appuyée

Appeal in *Kokesch, supra*, and s. 10 NCA. In respect of the latter, while the constitutionality of that section was not in issue in the Court of Appeal, the subsequent decision of this Court in *Grant* does not affect that finding. The police were entitled to rely on s. 10 as apparently applied by the Court of Appeal in *Kokesch*. As stated by this Court in *Kokesch* (at pp. 33-34), the police must act on the basis that the powers given to them by Parliament are constitutionally valid unless otherwise declared by the courts. They do not have to predict the outcome of an appeal.

In other respects, McEachern C.J.B.C. applied the *Collins* (S.C.C.), *supra*, factors and declined to exclude the evidence, and I find no error of law in his reasons nor is his conclusion unreasonable. Indeed I agree with it. I agree with him that the decision of this Court in *Kokesch, supra*, is distinguishable on the ground that in that case the police acted only on suspicion, whereas here they had reasonable grounds. The significance of this distinction is that, assuming the constitutional validity of s. 10 (subject to the reservation I expressed in *Grant* with respect to its application), the police in this case could have honestly believed that, having reasonable grounds, they were acting pursuant to statutory authority. On the other hand, in *Kokesch, supra*, they would have known that mere suspicion did not entitle them to resort to s. 10. In view of the determination in *Grant*, in future investigations this distinction will only have significance if the criteria for the application of s. 10 are otherwise met.

In the result, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Cranston & Co., Vancouver.*

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

sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Kokesch*, précitée, et sur l'art. 10 LS. En ce qui concerne cet article, bien que sa constitutionnalité n'ait pas été en cause devant la Cour d'appel, notre arrêt subséquent dans l'affaire *Grant* ne change rien à cette conclusion. La police était en droit de s'appuyer sur l'art. 10 tel qu'il semblait avoir été appliqué par la Cour d'appel dans l'affaire *Kokesch*. Ainsi que l'a dit notre Cour dans la même affaire (aux pp. 33 et 34), la police doit présumer que les pouvoirs que lui a conférés le Parlement sont constitutionnels tant que les tribunaux n'auront pas dit le contraire. La police n'est nullement tenue de prédire l'issue d'un appel.

À d'autres égards, le juge en chef McEachern, appliquant les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* (C.S.C.), précité, s'est refusé à écarter les éléments de preuve en cause. Je ne vois dans ses motifs aucune erreur de droit ni rien de déraisonnable dans sa conclusion, à laquelle je souscris d'ailleurs. Je conviens avec lui qu'une distinction peut être faite d'avec l'arrêt *Kokesch*, précité, de notre Cour puisque, dans cette affaire, la police n'avait agi que sur la foi d'un soupçon alors qu'en l'espèce il existait des motifs raisonnables. L'importance de cette distinction tient à ce que, en supposant que l'art. 10 est constitutionnel (sauf pour ce qui est de la réserve que j'exprime dans l'arrêt *Grant* relativement à son application), la police en l'espèce a pu croire sincèrement que, ayant des motifs raisonnables, elle agissait en exécution d'un pouvoir conféré par la loi. Dans l'affaire *Kokesch*, précité, par contre, la police aurait su qu'un simple soupçon ne l'autorisait pas à invoquer l'art. 10. Vu la conclusion tirée dans l'arrêt *Grant*, cette distinction ne portera à conséquence dans des enquêtes futures que si les critères d'applicabilité de l'art. 10 sont par ailleurs remplis.

En définitive, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Cranston & Co., Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*



**Robert Scott Plant** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PLANT

File No.: 22606.

1992: November 5; 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search without a warrant and checking computerized records of electrical utility — Whether warrantless perimeter search or check of computerized electrical records violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting search of perimeter of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The police received an anonymous tip that marihuana was being grown in the basement of a house within a specific city block. One of the officers conducted a reconnaissance and ascertained the exact street address of the house described. He then used a terminal linked to the electrical utility's computer that allowed police to check electrical consumption at a specified address after entering a password and determined that consumption at that address was four times the average of two other comparably sized residences over the same period. Later that day he and another officer entered the property.

**Robert Scott Plant** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. PLANT

N<sup>o</sup> du greffe: 22606.

1992: 5 novembre; 1993: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat et vérification des dossiers informatisés d'un service d'électricité effectuées par la police — La perquisition périphérique sans mandat et la vérification des dossiers informatisés relatifs à la consommation d'électricité violaient-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

La police a reçu un tuyau d'une source anonyme indiquant qu'il y avait culture de chanvre indien dans le sous-sol d'une maison à l'intérieur d'un flot donné. Un policier a effectué une reconnaissance des lieux et a vérifié l'adresse municipale exacte de la maison décrite. Ensuite, utilisant un terminal relié à l'ordinateur du service d'électricité qui permettait à la police, au moyen d'un mot de passe, de vérifier la consommation d'électricité à une adresse donnée, il a constaté que la consommation à cette adresse était, pour la période en question, quatre fois supérieure à la moyenne de celle de deux

They observed that two basement windows were covered in something opaque and discovered that a vent was plugged with a plastic bag. The police then prepared an information to obtain a search warrant which included the tip received, the observations made during the perimeter search and the results of the electricity bill comparison. On the basis of this information, a search warrant was issued pursuant to s. 12 of the *Narcotic Control Act* ("NCA"). On execution of the warrant, the police discovered over a hundred seedling marihuana plants. The accused was arrested and charged with unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking. He was convicted of the cultivation charge but acquitted on the charge of possession for the purposes of trafficking. The Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. This appeal is to determine whether the warrantless perimeter search or the search under warrant violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether the police check of computerized electrical records violated s. 8, and whether, if any s. 8 violation occurred, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The perimeter search was unreasonable and violated s. 8 of the *Charter*, since there is nothing to suggest that any exigent circumstances existed to justify a search without a warrant, so that there was no legal basis for a warrantless search pursuant to s. 10 *NCA*. The information obtained could therefore not be relied on in obtaining the warrant. The police check of computerized records was not unreasonable, however. In view of the nature of the information, the relationship between the accused and the electrical utility, the place and manner of the search and the seriousness of the offence under investigation, it cannot be concluded that the accused held a reasonable expectation of privacy in relation to the computerized electricity records which outweighed the state interest in enforcing the laws relating to narcotics offences. While they reveal the pattern of electricity consumption in the residence, the records do not reveal intimate details of the accused's life. Since the search does not fall within the parameters of s. 8 of the *Charter*, this information was

résidences de dimension comparable. Plus tard dans le courant de la même journée, il s'est rendu sur les lieux avec un autre policier. Ils ont remarqué que deux fenêtres du sous-sol étaient recouvertes d'une substance opaque et ont constaté qu'une bouche d'aération était obstruée à l'aide d'un sac de plastique. Les policiers ont alors préparé une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. La dénonciation faisait état du tuyau reçu, des constatations faites au cours de la perquisition périphérique et des résultats de la comparaison des comptes d'électricité. Sur la foi de cette dénonciation, un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur les stupéfiants* («LS»). En procédant à l'exécution du mandat, les policiers ont découvert plus de cent semis de chanvre indien. L'accusé a été arrêté et inculpé de culture illégale de chanvre indien et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Il a été déclaré coupable relativement à la première accusation, mais acquitté relativement à la seconde. La Cour d'appel a rejeté l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si la perquisition périphérique sans mandat ou la perquisition effectuée en vertu d'un mandat ont été effectuées en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, si la vérification par la police des dossiers informatisés de consommation d'électricité a été effectuée en violation de l'art. 8 et si, dans l'hypothèse d'une violation quelconque de l'art. 8, les éléments de preuve obtenus devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La perquisition périphérique était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte* étant donné que rien ne permet de penser qu'il y avait une situation d'urgence justifiant une perquisition sans mandat, et qu'il n'y avait donc aucun fondement juridique à une perquisition sans mandat effectuée en vertu de l'art. 10 *LS*. On ne pouvait donc se fonder sur les renseignements ainsi recueillis pour obtenir le mandat. La vérification par la police des dossiers informatisés n'était toutefois pas abusive. Compte tenu de la nature des données, de la relation existant entre l'accusé et le service d'électricité, de l'endroit où a eu lieu la perquisition et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée, ainsi que de la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, on ne peut conclure que l'accusé avait, en ce qui concerne les dossiers informatisés de consommation d'électricité, une attente raisonnable au respect de sa vie privée qui l'emportait sur le droit de l'État d'assurer l'application des lois relatives aux infractions en matière de stupéfiants. Bien que faisant

available to the police to support the application for a search warrant. Coupled with the anonymous tip, it was sufficient to constitute reasonable grounds for the issuance of the warrant. The search authorized by the search warrant was therefore reasonable. While there was a sufficient temporal connection between the warrantless perimeter search and the obtaining of the evidence to trigger s. 24(2) of the *Charter*, the evidence should not be excluded. The admission of real evidence does not tend to bring the administration of justice into disrepute. Moreover, the police acted in good faith. They were entitled to rely on the law as it was at the time and therefore to presume that warrantless perimeter searches were constitutionally valid pursuant to s. 10 *NCA*. The seriousness of the offence also militates in favour of admission of the evidence.

*Per McLachlin J.*: Sopinka J.'s reasons were agreed with, subject to certain comments on the right of the police to search the computerized records of public utilities. The evidence here discloses a sufficient expectation of privacy to require the police to obtain a warrant before eliciting the information. The information was not public, since there is no evidence suggesting it was available to the public and the police obtained access only by means of a special arrangement. The records are capable of telling much about one's personal lifestyle and about what is happening inside a private dwelling, the most private of places. A reasonable person would conclude that the records should be used only for the purpose for which they were made, and not divulged to strangers without proper legal authorization. Computers may and should be private places, where the information they contain is subject to the legal protection arising from a reasonable expectation of privacy. While the evidence obtained as a result of the computer search should not have been used, there was sufficient other evidence to support the issuance of the warrant.

état du niveau de consommation d'électricité dans sa résidence, les dossiers ne dévoilent pas des détails intimes de la vie de l'accusé. Comme la perquisition ne s'inscrit pas dans les paramètres de l'art. 8 de la *Charte*, les policiers pouvaient invoquer les données recueillies à l'appui de leur demande de mandat de perquisition. Combinées au tuyau reçu d'une source anonyme, ces données constituaient des motifs raisonnables suffisants pour justifier la délivrance du mandat. La perquisition autorisée par le mandat n'était donc pas abusive. Bien qu'il ait existé, aux fins de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, un lien temporel suffisant entre la perquisition périphérique sans mandat et l'obtention des éléments de preuve, il n'y a pas lieu d'écarter ces éléments. L'utilisation d'une preuve matérielle ne tend pas à déconsidérer l'administration de la justice. De plus, les policiers ont agi de bonne foi. Ils pouvaient légitimement se fonder sur le droit tel qu'il existait au moment en question et, par conséquent, présumer que les perquisitions périphériques sans mandat étaient constitutionnelles aux termes de l'art. 10 *LS*. La gravité de l'infraction milite également en faveur de l'utilisation de la preuve.

*Le juge McLachlin*: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui concerne certaines observations sur le droit de la police de fouiller dans les dossiers informatisés d'entreprises de services publics. La preuve produite en l'espèce révèle une attente suffisante en matière de vie privée pour que la police soit tenue d'obtenir un mandat avant de prendre les renseignements en question. Ceux-ci ne revêtaient aucun caractère public puisque rien dans la preuve n'indique qu'ils étaient accessibles au public et puisque la police n'a pu y avoir accès qu'en raison d'une entente spéciale. Il est possible de tirer des dossiers en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne et sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée. Une personne raisonnable serait amenée à conclure que les dossiers ne devraient servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été constitués et qu'ils ne devraient pas être mis à la disposition de n'importe qui sans l'autorisation judiciaire voulue. Les ordinateurs peuvent, et devraient, être des endroits privés, les données qui y sont emmagasinées bénéficiant de la protection juridique qu'entraîne une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Les éléments de preuve recueillis au moyen de la perquisition informatique n'auraient pas dû être utilisés, mais il existait suffisamment d'autres éléments de preuve pour justifier la délivrance du mandat.

## Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; **distinguished:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Cave*, B.C. Prov. Ct. Quesnel, No. 14705, December 13, 1992; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 489 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 72].  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 199], 12.  
 United States Constitution, Fourth Amendment.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 116 A.R. 1, upholding the appellant's conviction on a charge of unlawful cultivation of marihuana. Appeal dismissed.

*Terry Sturgeon*, for the appellant.

*M. David Gates* and *Ronald C. Reimer*, for the respondent.

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

SOPINKA J. — This appeal raises similar issues to those dealt with in *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R.

## Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts appliqués:** *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, 3 R.C.S. 263; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Cave*, C. prov. C.-B. Quesnel, n° 14705, 13 décembre 1992; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 489 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 72].  
 Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 199], 12.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 116 A.R. 1, qui a confirmé le verdict de culpabilité rendu contre l'appelant relativement à une accusation d'avoir fait illégalement la culture du chanvre indien. Pourvoi rejeté.

*Terry Sturgeon*, pour l'appelant.

*M. David Gates* et *Ronald C. Reimer*, pour l'intimée.

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

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève des questions similaires à celles examinées dans

263, and *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, reasons for judgment in which are released concurrently herewith. My reasons in *Wiley* explain the procedural history of these appeals in this Court. In addition to the issues of the validity of perimeter searches and a search pursuant to a warrant, this appeal addresses the question as to whether a police check of computerized information in the possession of a public institution constitutes a search.

### I. The Facts

The appellant was convicted of unlawful cultivation of marijuana contrary to s. 6(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 ("NCA"), but acquitted of the charge of possession of marijuana for the purposes of trafficking under s. 4(2) of that Act. On March 9, 1990, the Calgary Police Service received an anonymous Crime Stoppers tip which indicated that marijuana was being grown in the basement of a "cute house" beside a house with a lot of windows on 26th Street between two consecutive cross avenues in Calgary. Acting on this tip, Constable Fair, a member of the Calgary Police Service drug unit, conducted a reconnaissance which included travelling to the reported street, searching out the house described and ascertaining the exact street address of the house which appeared to match the premises identified by the informant: 2618-26th Street S.W., Calgary. Constable Fair, being satisfied that this was the house described, noted the full address.

After determining the correct address, on March 9, 1990 Constable Fair used a terminal in the Calgary Police Service Detective Division which was linked to the city of Calgary utility main frame and was designed to allow the police to check electrical consumption at a specified address after entering a password. Constable Fair, upon comparison of the electrical consumption at 2618-26th Street S.W. over the prior six-month period with two other comparably sized residences in the city of Calgary, determined that consumption at that address was

les arrêts *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, et *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, rendus simultanément. J'ai fait, dans l'arrêt *Wiley*, l'historique de ces pourvois devant notre Cour. Outre la validité d'une perquisition périphérique et d'une perquisition en vertu d'un mandat, le présent pourvoi soulève la question de savoir si la vérification par la police de données informatiques appartenant à un établissement public constitue une perquisition.

### I. Les faits

L'appelant a été déclaré coupable d'avoir fait illégalement la culture de chanvre indien, en contravention du par. 6(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 («LS»), mais acquitté de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic, infraction prévue au par. 4(2) de cette loi. Le 9 mars 1990, le service de police de Calgary a reçu d'une source anonyme d'Info-Crime un tuyau indiquant qu'il y avait culture de chanvre indien dans le sous-sol d'une [TRADUCTION] «jolie maison» adjacente à une maison comportant un grand nombre de fenêtres située 26th Street, entre deux avenues transversales consécutives de Calgary. Sur la foi de cette information, l'agent Fair, de l'unité des stupéfiants, a effectué une reconnaissance des lieux: il s'est rendu dans la rue indiquée, y a cherché la maison décrite et a vérifié l'adresse municipale exacte de la maison qui semblait correspondre aux lieux identifiés par l'indicateur, soit le 2618, 26th Street S.W., Calgary. Persuadé qu'il s'agissait bien de la maison décrite, l'agent Fair a pris note de l'adresse complète.

Après avoir ainsi vérifié l'adresse exacte, l'agent Fair a utilisé, le 9 mars 1990, un terminal se trouvant dans la section des enquêtes du service de police de Calgary et qui était relié à l'unité centrale des services publics de la ville; grâce à ce terminal, la police pouvait, moyennant un mot de passe, vérifier la consommation d'électricité à une adresse donnée. En comparant la consommation d'électricité au 2618 de la 26th Street S.W. pendant les six mois précédents avec celle de deux résidences de dimension comparable à Calgary,

four times the average of the other two over the same period.

Later on March 9, 1990, Constable Fair and another member of the Calgary Police Service, Constable Hettler, entered the property at 2618-26th Street S.W. and knocked on one door, received no answer and went around to the back door. The two officers observed that two basement windows were covered in something opaque and they sniffed at what appeared to be the outside vent for the dryer. As they smelled nothing, they looked inside the vent and discovered that it was plugged with a plastic bag. The two officers were chased from the premises by a resident who returned home.

Constable Fair then returned to the detachment and prepared a search warrant and an information to obtain a search warrant pursuant to ss. 10 and 12 *NCA*. The information included the tip received on March 8, 1990, the observations made during the perimeter search of March 9, 1990 and the results of the electricity bill comparison. The information implied that the informant had identified the exact street address of the premises to be searched, rather than only having provided more general information pertaining to the block in which the residence was located. Further, Constable Fair indicated that the blocked windows and electricity consumption were consistent with other hydroponic marijuana operations and use of high voltage grow lights. On the basis of this information, a search warrant was issued pursuant to s. 12 *NCA* which authorized eight named peace officers to search the premises at 2618-26th Street S.W., Calgary, Alberta between the hours of 11:30 a.m. and 6:00 p.m. on March 9, 1990. The police then attended at the appellant's residence and gave him a copy of the search warrant. On execution of the warrant, the police discovered 112 seedling plants at the appellant's residence which were later proven to be marijuana. The appellant was arrested and notified of his right to counsel by Constable Hettler.

l'agent Fair a constaté que la consommation à cette adresse était, pour cette même période, quatre fois supérieure à la moyenne des deux autres.

<sup>a</sup> Plus tard le 9 mars 1990, l'agent Fair et un autre membre du service de police de Calgary, l'agent Hettler, se sont rendus au 2618 de la 26th Street S.W. et ont frappé à une porte; ne recevant pas de réponse, ils sont allés à la porte arrière. Les deux agents ont remarqué que deux fenêtres du sous-sol étaient recouvertes d'une substance opaque et ils ont senti ce qui semblait être la bouche d'aération de la sécheuse. N'ayant décelé aucune odeur, ils ont regardé à l'intérieur de la bouche d'aération et constaté qu'elle était obstruée à l'aide d'un sac de plastique. Les deux agents ont été chassés par un résident qui rentrait chez lui.

<sup>d</sup> L'agent Fair est alors retourné au poste pour y préparer un mandat de perquisition ainsi qu'une dénonciation en vue d'obtenir ledit mandat en vertu des art. 10 et 12 *LS*. La dénonciation faisait état de l'information reçue le 8 mars 1990, des constatations faites au cours de la perquisition périphérique du 9 mars 1990 et des résultats de la comparaison des comptes d'électricité. Le texte laissait entendre que l'indicateur avait indiqué l'adresse municipale exacte de l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, au lieu d'avoir seulement fourni des renseignements plus généraux concernant l'îlot dans lequel se trouvait la résidence. L'agent Fair indiquait de plus que les fenêtres obstruées et la consommation d'électricité étaient compatibles avec la culture hydroponique du chanvre indien et l'utilisation de lampes de serre à haute tension. Sur la foi de cette dénonciation, un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'art. 12 *LS*, autorisant nommément huit agents de la paix à perquisitionner au 2618, 26th Street S.W., Calgary (Alberta), entre 11 h 30 et 18 h le 9 mars 1990. Les policiers se sont alors présentés à la résidence de l'appellant et lui ont remis une copie du mandat de perquisition. En procédant à l'exécution du mandat, ils ont découvert dans la maison 112 semis, identifiés par la suite comme étant du chanvre indien. L'appellant a été arrêté et l'agent Hettler l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat.

At trial, the appellant was found guilty of the charge under s. 6(1) *NCA*, but was acquitted of the charge of possession for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of that Act. His appeal from conviction to the Court of Appeal of Alberta was dismissed.

## II. Judgments Below

### A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (Perras J.)

Perras J. held that the appellant was guilty as charged with respect to s. 6(1) *NCA*, but determined that he was not convinced beyond a reasonable doubt with respect to the charge under s. 4(2) of the Act. In reaching the decision to convict, Perras J. concluded that he was satisfied as to the appellant's guilt on the first count on the basis of the seizure of 112 seedling marihuana plants and various other items associated with hydroponic growth of marihuana from the residence which numerous documents demonstrated the appellant to have occupied. The trial judge found that there were reasonable grounds for issuance of the warrant since the issuing justice could rely on the electricity consumption record check, the observations made during the perimeter search and the information revealed by the informant. He determined that there were sufficient grounds for issuance of the warrant even with the misstatement removed from the information and noted that the check of the hydro records probably did not amount to a search or seizure since the records did not belong to the accused.

### B. *Court of Appeal of Alberta* (1991), 116 A.R. 1

In a unanimous decision, the Court of Appeal of Alberta dismissed the appellant's appeal from conviction. The court held that the search warrant under which the evidence was seized was valid, so that the evidence was properly admitted at trial. Although the court determined that the officers had missed identifying a step on the information by

Au terme de son procès, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 6(1) *LS*, mais acquitté de l'accusation de possession en vue de faire le trafic en contravention du par. 4(2) de cette loi. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté.

## II. *Les juridictions inférieures*

### A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (le juge Perras)

Le juge Perras a déclaré l'appelant coupable de l'infraction prévue au par. 6(1) *LS* dont il était inculpé, tout en se disant non convaincu hors de tout doute raisonnable pour ce qui est de l'accusation portée en vertu du par. 4(2) de cette loi. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité, le juge Perras s'est dit convaincu de la culpabilité de l'accusé quant au premier chef étant donné la saisie de 112 pousses de chanvre indien et de divers autres articles associés à la culture hydroponique de ce stupéfiant dans la résidence qu'avait occupée l'appelant comme l'établissaient de nombreux documents. Le juge du procès a estimé que la délivrance du mandat reposait sur des motifs raisonnables puisque le juge l'ayant signé pouvait se fonder sur la vérification de la consommation d'électricité, les constatations faites au cours de la perquisition périphérique et les renseignements reçus de l'indicateur. Il a jugé que ces motifs étaient suffisants même si l'on retranchait l'information erronée de la dénonciation et il a souligné que la vérification des dossiers d'hydro-électricité n'équivalait probablement pas à une perquisition ou à une saisie étant donné que ces dossiers n'appartenaient pas à l'accusé.

### B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1991), 116 A.R. 1

Dans une décision unanime, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel que l'appelant avait formé contre sa déclaration de culpabilité. La cour a estimé que le mandat de perquisition en vertu duquel les éléments de preuve avaient été saisis était valide, de sorte que ces éléments pouvaient être utilisés au procès. Tout en reconnaissant que

stating the address in such a manner as to imply that the informant had given them the entire address, rather than stating that the informant had given them part of the address and through reconnaissance they had determined the exact address, the court found that even without the complete street address, the Provincial Court judge would still have issued the search warrant.

The Court of Appeal held that the computer search did not violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court found that in order to ground a claim under s. 8, the appellant would have had to demonstrate that a privacy issue was at stake. It was determined that unlike the privacy expected with regard to confidential information in client/lawyer and patient/doctor relationships, the information in the case at bar was created in the context of a commercial transaction. Further, the information belonged to the Calgary Utilities Commission (the "Commission") rather than to the appellant since the records were created for the purposes of billing rather than for customer use. The Court of Appeal determined that the fact that the same city paid the police and sold the electricity was not relevant to the s. 8 issue. Finally, the Court of Appeal found that no alternative evidence was offered to explain why the appellant's utility bill should be quadruple that of other similar residences in the area and was satisfied by the officer's sworn statement as to high electricity consumption being associated with a hydroponic grow operation.

The Court of Appeal concluded that the police did not violate s. 8 of the *Charter* by conducting the warrantless perimeter search. It was determined that the police were operating under the statutory authority of s. 10 *NCA* when they conducted the perimeter search. Since s. 10 authorizes conduct of a warrantless search of a place other than a dwelling house, the police were justified in relying on that power to search the grounds surrounding the appellant's residence so long as no search of the house itself was involved. The court

les policiers avaient omis une étape en rédigeant la dénonciation comme si l'indicateur avait donné l'adresse exacte, au lieu de préciser que ce dernier l'avait donnée partiellement et qu'une reconnaissance des lieux avait ensuite permis de l'établir avec précision, la cour a conclu que, même en l'absence d'une adresse complète, le juge de la Cour provinciale aurait néanmoins décerné le mandat de perquisition.

La Cour d'appel a décidé que la perquisition informatique ne violait pas l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a estimé que pour établir l'existence d'une atteinte à l'art. 8, l'appelant aurait dû démontrer que sa vie privée était en cause. Or elle a jugé que, contrairement à l'attente en matière de vie privée touchant les renseignements confidentiels fournis dans le cadre de la relation client/avocat et patient/médecin, les données en cause en l'espèce avaient été recueillies dans le cadre d'une activité commerciale. De plus, ces données appartenaient à la Calgary Utilities Commission (la «Commission») et non à l'appelant, étant donné que les dossiers avaient été constitués à des fins de facturation et non à l'intention du consommateur. La Cour d'appel a jugé non pertinent quant à l'art. 8 le fait que c'était la ville qui payait la police et vendait l'électricité. Enfin, la cour a souligné qu'on n'avait présenté aucun autre élément de preuve pour expliquer pourquoi le compte d'électricité de l'appelant était le quadruple de celui d'autres résidences similaires dans les environs; elle s'est dite convaincue par la déclaration du policier faite sous serment quant à l'association entre une consommation d'électricité élevée et la culture hydroponique.

La Cour d'appel a conclu que les policiers n'ont pas violé l'art. 8 de la *Charte* en effectuant la perquisition périphérique sans mandat et qu'ils agissaient alors sous l'autorité de l'art. 10 *LS*. Étant donné que cet article autorise les perquisitions sans mandat dans un lieu autre qu'une maison d'habitation, les policiers étaient justifiés de se fonder sur ce pouvoir pour perquisitionner les lieux entourant la résidence de l'appelant dans la mesure où cela ne comportait aucune perquisition dans la maison elle-même. La cour a établi une distinction d'avec



differentiated the case at bar from *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, on the basis that in this case the officers conducting the search had reasonable grounds rather than mere suspicion as to the presence of a narcotic.

On this basis, the Court of Appeal determined that all of the information relied upon for issuance of the search warrant was legally admissible and none of it had been obtained in contravention of the *Charter*. Further, the court indicated that if it were wrong in the assessment as to whether a *Charter* right had been breached, it concluded that exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The court found that the evidence discovered through the perimeter search was real and pre-existing and would likely have been discovered even without a constitutional violation. Further, it was determined that examination of the electricity bills by the police constituted a search permissible pursuant to s. 10 *NCA* since the electricity was an item which aided in the illegal cultivation and thus constituted an item "in respect of which an offence . . . has been committed". The Court of Appeal indicated that s. 489 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, also permitted seizure of the electrical records. Finally, even if such seizure were not authorized by statute, the court concluded that the related evidence should nonetheless be admitted because to exclude it would bring the administration of justice into disrepute pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

### III. The Issues

This appeal is brought by leave of this Court and raises the following questions of law:

1. Did the warrantless perimeter search violate s. 8 of the *Charter*?

l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, en disant que, dans la présente espèce, les policiers ayant procédé à la perquisition avaient des motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant et non de simples soupçons.

Compte tenu de ces éléments, la Cour d'appel a jugé que tous les renseignements sur la foi desquels a été délivré le mandat de perquisition étaient légalement admissibles et qu'aucun d'entre eux n'avait été obtenu en contravention de la *Charte*. De plus, la cour a précisé que, en supposant qu'elle faisait erreur quant à l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, l'exclusion de ces éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La cour a estimé que les éléments de preuve découverts à la faveur de la perquisition périphérique étaient des éléments matériels préexistants, et qu'ils auraient vraisemblablement été découverts même sans violation constitutionnelle. En outre, elle a jugé que l'examen des comptes d'électricité par la police constituait une perquisition permise sous le régime de l'art. 10 *LS* étant donné que l'électricité avait servi à la culture illégale et qu'elle était donc un élément «ayant . . . donné lieu à la perpétration d'une infraction». La Cour d'appel a indiqué que l'art. 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, permettait également la saisie des dossiers de consommation d'électricité. Enfin, a conclu la cour, même dans l'hypothèse où une telle saisie n'aurait pas été autorisée par la loi, la preuve recueillie devrait néanmoins être admise parce que son exclusion est susceptible, comme le prévoit le par. 24(2) de la *Charte*, de déconsidérer l'administration de la justice.

### III. Les questions en litige

Le présent pourvoi formé sur autorisation de notre Cour soulève les questions de droit suivantes:

1. La perquisition périphérique sans mandat a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

2. Did the search under warrant issued pursuant to s. 12 *NCA* violate s. 8 of the *Charter*?
3. Did the police check of computerized electrical records violate s. 8 of the *Charter*?
4. If any s. 8 violation occurred, should the evidence be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

#### IV. Pertinent Legislation

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

##### *Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1*

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

2. La perquisition effectuée en vertu d'un mandat décerné sous le régime de l'art. 12 *LS* a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

3. La vérification par la police des dossiers informatisés de consommation d'électricité a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

4. S'il y a eu violation quelconque de l'art. 8, les éléments de preuve obtenus devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

#### IV. Les dispositions législatives pertinentes

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

##### *Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1*

10. L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de l'article 12.

12. Le juge de paix qui est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, dans une maison d'habitation, d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut signer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix qui y est nommé à pénétrer dans la maison d'habitation pour y chercher le stupéfiant.

## V. Analysis

### A. *Did the Searches Violate s. 8 of the Charter?*

There are two searches to be considered: the warrantless perimeter search and the search pursuant to the search warrant issued under s. 12 *NCA*. Different considerations apply to each. It is also alleged that the police check of computerized records also constitutes a search.

#### 1. Perimeter Search

With respect to the perimeter search, in view of the conclusion reached in *Grant*, this search was unreasonable and violated s. 8 of the *Charter*. There is nothing to suggest that any exigent circumstances existed to justify a perimeter search without a warrant. The information obtained could not, therefore, be relied on in obtaining the warrant. See *Grant* and *Wiley*, *supra*. With respect to the search pursuant to the warrant, it is necessary to determine whether, with the excision of the information obtained as a result of the perimeter search, there remained reasonable grounds for the warrant to issue. The answer to this question depends on whether the check of computerized information constitutes a search and, if so, whether it was unreasonable and, therefore, in violation of s. 8 of the *Charter*.

#### 2. Computerized Records

The purpose of s. 8 is to protect against intrusion of the state on an individual's privacy. The limits on such state action are determined by balancing the right of citizens to have respected a reasonable expectation of privacy as against the state interest in law enforcement. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60. Section 8 protects people and not property. It is, therefore, unnecessary to establish a proprietary interest in the thing seized. See *Hunter*, *supra*, at p. 158; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, *per La Forest J.*, at pp. 426-27; *Katz v. United States*,

## V. Analyse

### A. *Les perquisitions ont-elles été effectuées en violation de l'art. 8 de la Charte?*

Il y a deux perquisitions à examiner: la perquisition périphérique sans mandat et la perquisition effectuée en vertu du mandat décerné conformément à l'art. 12 *LS*. Différentes considérations s'appliquent à chacune d'elles. On allègue aussi que la vérification par la police des dossiers informatisés constitue également une perquisition.

#### 1. La perquisition périphérique

En ce qui concerne la perquisition périphérique, elle était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte* étant donné la conclusion à laquelle la Cour est arrivée dans l'arrêt *Grant*. Rien ne permet de penser qu'il y avait une situation d'urgence justifiant une perquisition périphérique sans mandat. On ne pouvait donc se fonder sur les renseignements ainsi recueillis pour obtenir le mandat. Voir les arrêts *Grant* et *Wiley*, précités. En ce qui a trait à la perquisition effectuée en vertu du mandat, il faut déterminer si, abstraction faite des renseignements obtenus grâce à la perquisition périphérique, il subsistait des motifs raisonnables en justifiant la délivrance. La réponse à cette question dépend de la nature de la vérification des données informatiques, savoir si elle constitue une perquisition, et dans l'affirmative, si cette perquisition était abusive et, par conséquent, contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

#### 2. Les dossiers informatisés

L'article 8 a pour objet de protéger les particuliers contre l'intrusion de l'État dans leur vie privée. Les limites de l'action étatique sont déterminées en pondérant le droit des citoyens au respect d'une attente raisonnable en matière de vie privée et le droit de l'État d'assurer l'application de la loi. Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 159 et 160. L'article 8 protège les personnes et non la propriété. Il est, par conséquent, inutile d'établir un droit de propriété sur la chose saisie. Voir *Hunter*, précité, à la p. 158; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest,

389 U.S. 347 (1967). In this respect, I must disagree with the Court of Appeal which relied on the absence of a proprietary interest on the part of the appellant in the computer information.

In balancing the reasonable expectation of privacy of the individual with the interests of the state in law enforcement, this Court has determined that electronic taping of private communication by state authorities violates the personal sphere protected by s. 8: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. Similarly, such investigative practices as videotaping of events in a private hotel room (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36) and seizure by state agents of a blood sample taken by medical personnel for medical purposes (*Dyment, supra*) have been found to run afoul of the s. 8 right against unreasonable search and seizure in that the dignity, integrity and autonomy of the individual are directly compromised. While this Court has considered the possibility of violations of s. 8 in relation to informational privacy (*Dyment, supra*, at p. 429), we have not previously considered whether state inspection of computer records implicates s. 8 of the *Charter*.

Some indication of the parameters of the protection afforded by s. 8 with respect to informational privacy can be derived from the following passage from the reasons of La Forest J. in *Dyment, supra*, at pp. 429-30, commenting on the Report of the Task Force on Privacy and Computers:

In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

aux pp. 426 et 427; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967). À cet égard, je dois dire que je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel qui s'est fondée sur l'absence d'un droit de propriété de l'appellant sur les données informatiques.

En pondérant l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée et le droit de l'État d'assurer l'application de la loi, notre Cour a jugé que l'enregistrement électronique des communications privées par les autorités étatiques viole la sphère personnelle protégée par l'art. 8: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. De même, des techniques d'enquête tels l'enregistrement magnétoscopique d'activités se déroulant dans une chambre d'hôtel privée (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36) et la saisie par des mandataires de l'État d'un échantillon de sang prélevé par le personnel hospitalier à des fins médicales (*Dyment, précité*) ont été jugées contraires au droit garanti par l'art. 8 d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives en ce qu'elles compromettent directement la dignité, l'intégrité et l'autonomie de la personne. Jusqu'ici, notre Cour a examiné la possibilité de violations de l'art. 8 en regard des aspects informationnels de la vie privée (*Dyment, précité*, à la p. 429), mais elle n'a encore jamais abordé la question de savoir si l'inspection par l'État de dossiers informatisés peut donner lieu à l'application de l'art. 8 de la *Charte*.

On peut dégager certains paramètres de la protection accordée par l'art. 8 à l'égard des aspects informationnels de la vie privée du passage suivant des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment, précité*, aux pp. 429 et 430, où il commente le rapport du groupe d'étude sur l'ordinateur et la vie privée:

Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allow for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. It is, then, necessary to apply this contextual approach to the facts of the case at bar.

The United States Supreme Court has limited application of the Fourth Amendment (the right against unreasonable search and seizure) protection afforded by the United States Constitution to situations in which the information sought by state authorities is personal and confidential in nature: *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). That case determined that the accused's cheques, subpoenaed for evidence from a commercial bank, were not subject to Fourth Amendment protection. While I do not wish to be taken as adopting the position that commercial records such as cancelled cheques are not subject to s. 8 protection, I do agree with that aspect of the *Miller* decision which would suggest that in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a "personal and confidential" nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. The computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence.

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi. Il convient donc d'appliquer cette méthode contextuelle aux faits de l'espèce.

La Cour suprême des États-Unis a restreint l'application du Quatrième amendement de la Constitution américaine (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives) aux situations dans lesquelles les renseignements que cherchent à recueillir les autorités étatiques sont de nature personnelle et confidentielle: *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). Dans cette affaire, on a jugé que les chèques de l'accusé, obtenus par *subpoena* d'une banque commerciale, ne bénéficiaient pas de la protection du Quatrième amendement. Je ne voudrais pas être vu comme considérant qu'un chèque oblitéré ne jouit pas de la protection de l'art. 8, mais je ne suis pas d'accord avec cet aspect de l'arrêt *Miller*, qui donne à entendre que, pour que la protection constitutionnelle s'applique, les renseignements saisis doivent être de nature «personnelle et confidentielle». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. Or, on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révélant que très peu de chose du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence.

The nature of the relationship between the appellant and the Commission cannot be characterized as a relationship of confidence. The Commission prepared the records as part of an ongoing commercial relationship and there is no evidence that it was contractually bound to keep them confidential. This is not to suggest that records prepared in a commercial context can never be subject to the privacy protection afforded by s. 8 of the *Charter*. If commercial records contain material which meets the "personal and confidential" standard set out above, the commercial nature of the relationship between the parties will not necessarily foreclose a s. 8 claim.

In any event, the transaction records which were maintained as a result of the commercial relationship in the case at bar cannot be characterized as confidential communications which *Duarte, supra*, and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, indicated were protected by s. 8. Although it has been indicated that some utilities commissions have developed policies against releasing consumption information to police (*R. v. Cave*, B.C. Prov. Ct., Quesnel Registry No. 14705, December 13, 1992 (unreported)), it was clearly the policy of the Calgary Commission to permit police access to the computer data bank, albeit through a computer password. Further, it is generally possible for an individual to inquire with respect to the energy consumption at a particular address, so that this information is subject to inspection by members of the public at large. The accessibility of the information to the public is, in my view, more relevant to the issue than the policy of release developed by the Calgary Commission since the primary concern in this analysis is the expectation of privacy held by the person whose information was released rather than the manner in which the body releasing the information categorized it. Nevertheless, I do not view the relevant relationship in the case at bar

La relation entre l'appelant et la Commission ne peut être qualifiée de relation de confiance. La Commission a constitué les dossiers dans le cadre d'une relation commerciale suivie et rien n'indique qu'elle ait été contractuellement tenue d'en préserver la confidentialité. Cela ne veut pas dire que les dossiers établis en contexte commercial ne peuvent jamais être l'objet de la protection qu'accorde à la vie privée l'art. 8 de la *Charte*. Si les dossiers commerciaux contiennent des éléments qui satisfont à la norme de la «nature personnelle et confidentielle» énoncée précédemment, le caractère commercial de la relation entre les parties ne fera pas nécessairement obstacle à une revendication fondée sur l'art. 8.

Quoi qu'il en soit, les dossiers établis du fait de la relation commerciale existant en l'espèce ne sauraient être qualifiés de communications confidentielles, auxquelles les arrêts *Duarte*, précité, et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, accordent la protection de l'art. 8. Bien que certaines commissions de services publics aient adopté des directives interdisant de divulguer à la police des renseignements sur la consommation (*R. c. Cave*, C. prov. C.-B., greffe de Quesnel n° 14705, 13 décembre 1992 (non publié)), la Commission de Calgary avait clairement comme politique de permettre à la police d'avoir accès à la banque de données informatiques, même s'il lui fallait pour cela utiliser un mot de passe. De plus, il est généralement possible pour un particulier de s'enquérir de la consommation d'électricité à une adresse donnée, de telle sorte que cette information est susceptible d'être vérifiée par le grand public. L'accessibilité publique des renseignements est, à mon avis, plus pertinente en la matière que la politique de divulgation adoptée par la Commission de Calgary, étant donné que l'élément primordial de la présente analyse est l'attente en matière de vie privée qu'avait la personne à propos de qui les renseignements ont été divulgués, et non la manière dont l'organisme qui les a divulgués les a qualifiés. Néanmoins, je considère que la relation en cause en l'espèce n'est pas de celles auxquelles

as one which is reasonably characterized as confidential.

The place and manner in which the information in the case at bar was retrieved also point toward the conclusion that the appellant held no reasonable expectation of privacy with respect to the computerized electricity records. The police were able to obtain the information on-line by agreement of the Commission. Accessing the information did not involve intrusion into places ordinarily considered private, as was the case in *Duarte, supra*, and *Wong, supra*. Nor did it involve invasion by state agents in personal computer records confidentially maintained by a private citizen. While the requirement that the police use a password to access the information may suggest some element of privacy in the manner in which the search was conducted, it may equally suggest that the password was merely intended to ensure that on-line information was available only to the police. In any event, the search was not conducted in an intrusive or high-handed manner, so that on balance, I would conclude that the place and manner of the search were in keeping with what could reasonably have been expected by the appellant.

In addition to the fact that the manner and place of the search are indicative of a minimally intrusive search, the seriousness of the offence militates in favour of the conclusion that the requirements of law enforcement outweigh the privacy interest claimed by the appellant. As this Court previously concluded in *Kokesch, supra*, while participation in the illicit trade of marijuana may not be as serious as the trade in other narcotics such as cocaine, it remains an offence which is taken seriously by law enforcement agents.

Overall, I have concluded from the nature of the information, the relationship between the appellant and the Commission, the place and manner of the

on peut raisonnablement attribuer un caractère confidentiel.

L'endroit où les données en cause ont été obtenues et les conditions dans lesquelles elles ont été recueillies mènent également à la conclusion que l'appelant n'avait, à l'égard des dossiers de consommation d'électricité, aucune attente quant au respect de sa vie privée. Les policiers ont pu obtenir les données en direct grâce à l'accord de la Commission. L'obtention de ces données n'a pas nécessité d'intrusion dans des endroits ordinairement considérés comme privés, comme c'était le cas dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, précités. L'opération n'a pas non plus nécessité l'intrusion de mandataires de l'État dans les dossiers informatiques personnels constitués confidentiellement par un particulier. Même si l'exigence que les policiers utilisent un mot de passe pour avoir accès aux données peut démontrer un certain élément de confidentialité dans la façon dont la perquisition a été effectuée, elle peut également donner à penser que le mot de passe visait simplement à faire en sorte que ces données ne soient accessibles en direct qu'à la police. Quoi qu'il en soit, la perquisition n'a pas été effectuée de façon intrusive ou autoritaire, si bien que tout compte fait, je conclurais que l'endroit où a eu lieu la perquisition et les conditions dans lesquelles elle a été effectuée correspondent à ce à quoi l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre.

Outre le fait que la méthode utilisée et l'endroit où a été effectuée la perquisition témoignent de son caractère intrusif minimal, la gravité de l'infraction milite en faveur de la conclusion que les exigences de l'application de la loi l'emportent sur le droit de l'appelant au respect de sa vie privée. Ainsi que notre Cour l'a conclu auparavant dans l'arrêt *Kokesch*, précité, la participation au commerce illicite du chanvre indien n'est peut-être pas aussi grave que le commerce d'autres stupéfiants, telle la cocaïne, mais elle n'en reste pas moins une infraction que les agents chargés de l'application de la loi prennent au sérieux.

En somme, compte tenu de la nature des données, de la relation existant entre l'appelant et la Commission, de l'endroit où a eu lieu la perquisi-

search and the seriousness of the offence under investigation, that the appellant cannot be said to have held a reasonable expectation of privacy in relation to the computerized electricity records which outweighs the state interest in enforcing the laws relating to narcotics offences. As such, the appellant has failed to bring this search within the parameters of s. 8 of the *Charter*. This information was, therefore, available to the police to support the application for a search warrant. I will consider, next, the sufficiency of the information in support of the issue of the search warrant.

### 3. Reasonable Grounds for Issuance of the Search Warrant

The appellant alleged that the warrant issued in this case was invalid in that it was issued on the basis of an information containing improperly obtained and misstated facts. This Court has determined that peace officers cannot benefit from their own illegal acts by including in informations sworn to obtain warrants facts which were retrieved through searches without lawful authority. See *Grant and Kokesch, supra*. As such, in order to assess whether the search and seizure conducted under warrant in the case at bar were in violation of s. 8, it is necessary to determine whether the officers can be said to have had reasonable grounds to believe that a narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA* in the absence of the observations made during the warrantless perimeter search. See reasons in *Grant and Wiley, supra*.

In the case at bar, the officers relied in their sworn information on the tip of an unknown informant, the electricity records check and observations made during the warrantless perimeter search as evidence of reasonable grounds to believe that a narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA*. As I have indicated, the observations made during the warrantless perimeter search must be eliminated

tion et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée, ainsi que de la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, j'en viens à la conclusion qu'on ne peut considérer que l'appellant avait, en ce qui concerne les dossiers informatisés de consommation d'électricité, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée qui l'emporte sur le droit de l'État d'assurer l'application des lois relatives aux infractions en matière de stupéfiants. À ce titre, l'appellant n'a pas réussi à inscrire la perquisition dans les paramètres de l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers pouvaient donc invoquer les données recueillies à l'appui de leur demande de mandat de perquisition. J'examinerai maintenant si la dénonciation suffisait pour décerner le mandat de perquisition.

### 3. Les motifs raisonnables pour décerner le mandat de perquisition

L'appellant a allégué que le mandat décerné en l'espèce était invalide parce qu'il l'a été sur la foi d'une dénonciation énonçant des renseignements erronés et obtenus de façon irrégulière. Notre Cour a jugé que des agents de la paix ne peuvent tirer partie de leurs propres actes illégaux en incluant dans des dénonciations sous serment en vue d'obtenir des mandats des faits recueillis grâce à des perquisitions non légalement autorisées. Voir *Grant et Kokesch, précités*. Ainsi, afin d'évaluer si la perquisition et la saisie effectuées en l'espèce en vertu d'un mandat l'ont été en violation de l'art. 8, il faut décider si l'on peut dire que les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant se trouvait dans la résidence de l'appellant en contravention de la *LS*, abstraction faite de ce qu'ils avaient constaté au cours de la perquisition périphérique sans mandat. Voir *Grant et Wiley, précités*.

Dans l'affaire qui nous est soumise, les policiers se sont fondés, dans leur dénonciation sous serment, sur le tuyau reçu d'un indicateur inconnu, sur la vérification des dossiers de consommation d'électricité et sur les constatations faites à la faveur de la perquisition périphérique sans mandat comme preuve de motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant dans la résidence de l'appellant, en contravention de la *LS*. Comme je



given that they were obtained in contravention of the *Charter*. With respect to the other elements of the sworn information, the appellant has alleged that the anonymous tip relied upon by the police was not sufficiently reliable to have constituted a reasonable ground for believing that a narcotics offence had been committed in the appellant's residence. In addition, the appellant claimed that the misstatement by the officer with respect to the address given by the anonymous informant invalidated the warrant issued. I will consider each of these submissions in turn.

### *The Anonymous Tip*

In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1168, this Court determined that the reliability of the tip of an informant depends on an assessment of the totality of the circumstances and specified three areas of concern:

First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a "tip" originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search?

While that case related to the decision of the police to conduct a warrantless search pursuant to the tip of a known informant, the factors enunciated demonstrate principled concerns with the use of informants in general and are equally applicable to the anonymous tip in the case at bar. The information given by the anonymous informant was compelling in that it identified the location of the cultivation operation and located the appellant's house in a fairly specific geographic region, albeit without specifying an exact street address. It is impossible to determine whether the source was credible except by reference to the fact that the information was subsequently corroborated by a police reconnaissance which resulted in identification of the exact address of the residence described by the informant. The tip itself, therefore, was compelling enough in its specification of the place in which

l'ai indiqué, les constatations faites au cours de la perquisition périphérique sans mandat doivent être écartées étant donné qu'elles l'ont été en violation de la *Charte*. Quant aux autres éléments de la dénonciation sous serment, l'appelant allègue que le renseignement de source anonyme sur lequel s'est fondée la police n'était pas suffisamment fiable pour constituer un motif raisonnable de croire qu'une infraction relative à un stupéfiant avait été commise dans sa résidence. De plus, l'appelant soutient que la déclaration erronée du policier quant à l'adresse donnée par l'indicateur anonyme a invalidé le mandat décerné. J'examinerai à tour de rôle chacun de ces arguments.

### *Le tuyau de source anonyme*

Dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, notre Cour a jugé que la fiabilité du tuyau fourni par un indicateur dépend de l'appréciation de l'ensemble des circonstances; il faut, a dit la Cour, à la p. 1168, poser trois questions:

Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d'une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l'enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille?

Cette affaire mettait en cause la décision de la police de procéder à une fouille sur la foi d'un tuyau reçu d'un indicateur connu, mais les facteurs qui y sont énumérés traduisent les questions de principe que soulève l'utilisation d'indicateurs en général et sont également applicables au tuyau reçu d'une source anonyme en cause dans la présente espèce. L'information transmise par l'indicateur anonyme était convaincante en ce qu'elle indiquait l'emplacement de la culture et situait géographiquement la maison de l'appelant de façon assez précise, même si elle n'indiquait pas l'adresse municipale exacte. Il est impossible de déterminer si la source était crédible, sauf si l'on tient compte du fait que les renseignements ont subséquemment été confirmés par la reconnaissance des lieux à laquelle ont procédé les policiers, laquelle a permis de connaître l'adresse exacte de

the offence was occurring for the police to readily locate the exact address of the appellant's residence and corroborate the report of the informant. I conclude that the anonymous tip, although made by an unknown informant, was sufficiently reliable to have formed part of the reasonable grounds asserted in the information to obtain the warrant. Therefore, I would not excise that piece of evidence from the warrant.

#### *Misstatement in the Information*

Although the information sworn in support of the application for a search warrant indicated that an anonymous Crime Stoppers informant had reported that marihuana was being cultivated "at the residence of 2618 26 Street S.W.", the informant had in fact only identified the residence as being a "cute house" located within the 2600 block of 26th Street near a house with many windows. As a result, the information gave the impression that the informant had supplied more detailed facts than was actually the case.

Although the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294, determined that a search warrant must be quashed should a deliberate deception by police be proven, neither the trial judge nor the Court of Appeal found any deliberate attempt to mislead the issuing justice in the case at bar. Furthermore, the appellant has not pointed to new evidence which would indicate that the misstatement by the officer was anything more than a good faith, albeit erroneous, attempt to draft the information concisely by omitting reference to the step between the general tip and the conclusion as to the exact address of the residence identified.

In considering the material that was properly before the authorizing judge, however, only the information actually obtained from the tipster should be included. In addition, this information could be amplified by reference to the fact that the

la résidence décrite par l'indicateur. En soi, donc, le tuyau était suffisamment convaincant quant à l'endroit où l'infraction était commise pour permettre à la police de localiser facilement l'adresse exacte de la résidence de l'appelant et de confirmer le rapport de l'indicateur. Je conclus donc que, bien qu'émanant d'un indicateur inconnu, le tuyau était suffisamment fiable pour faire partie des motifs raisonnables énoncés dans la dénonciation en vue d'obtenir le mandat. En conséquence, je suis d'avis de ne pas supprimer cet élément de preuve du mandat.

#### *La déclaration erronée dans la dénonciation*

La dénonciation sous serment rédigée à l'appui de la demande de mandat de perquisition indiquait qu'un indicateur anonyme d'Info-Crime avait signalé que du chanvre indien était cultivé [TRANSDUCTION] «à la résidence portant le numéro 2618, 26th Street S.W.»; en fait, toutefois, l'indicateur n'avait identifié la résidence que comme une «jolie maison» située dans l'îlot 2600 de la 26th Street près d'une maison ayant de nombreuses fenêtres. Aussi la dénonciation donnait-elle l'impression que l'indicateur avait fourni des informations factuelles plus détaillées que ce n'était le cas en réalité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294, décidé qu'un mandat de perquisition doit être annulé s'il est établi qu'il y a eu erreur délibérée de la part de la police, mais, en l'espèce, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu à une tentative délibérée de tromper le juge de paix. De plus, l'appelant n'a pas signalé l'existence de nouveaux éléments de preuve qui établiraient que la déclaration erronée de l'agent était davantage qu'une tentative de bonne foi de faire preuve de concision en omettant l'étape intervenue entre le renseignement général et la conclusion quant à l'adresse exacte de la résidence.

En ce qui concerne toutefois les éléments dont le juge appelé à autoriser le mandat était à bon droit saisi, ils ne devraient comprendre que les seuls renseignements réellement obtenus de l'indicateur. De plus, ces renseignements pouvaient être étayés

police were able to locate a residence matching the description which they were given. This information, coupled with the results of the computer check, were, in my opinion, sufficient to constitute reasonable grounds for the issue of the warrant. As noted by the trial judge, there was evidence to show that excessive hydro consumption at one residence as compared to another may be a general indicator of the hydroponic growth of marijuana. The Court of Appeal concluded that this evidence was sufficient to constitute reasonable grounds for issuance of the warrant. The trial judge reached the same result, albeit for different reasons since he did not consider the constitutional validity of the perimeter search which formed a part of the reasonable grounds asserted by the officers.

The result of this conclusion is that the search which was authorized by the search warrant was reasonable. Since no issue is taken with the manner in which the search was conducted, the search was reasonable and not in violation of the *Charter*. As in *Grant* and *Wiley*, *supra*, however, this does not end the matter and it is necessary to consider whether s. 24(2) is triggered because the warrantless perimeter search violated s. 8, and therefore I must determine whether the evidence was obtained in a manner that violated the *Charter*.

#### B. *Exclusion Under s. 24(2)*

In my view, the perimeter search was an integral part of the investigation which included the search conducted pursuant to the search warrant. Accordingly, there was a sufficient temporal connection to the obtaining of the evidence to trigger s. 24(2). I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal that the evidence should not be excluded. I find no error in their application of the relevant factors, nor is their conclusion unreasonable. This is, however, a case close to the line and my brief review of the relevant factors confirms the conclusion reached by the Court of Appeal.

par le fait que les policiers ont pu localiser une résidence correspondant à la description donnée. Combinés aux résultats de la vérification informatique, ces renseignements constituaient, à mon avis, des motifs raisonnables suffisants pour justifier la délivrance du mandat. Comme l'a signalé le juge du procès, la preuve démontrait que la consommation excessive d'hydro-électricité dans une résidence comparativement à une autre pouvait être un indice général de la culture hydroponique de chanvre indien. La Cour d'appel a conclu que cette preuve suffisait pour constituer un motif raisonnable de décerner le mandat. Le juge du procès est arrivé au même résultat, bien que pour des raisons différentes puisqu'il n'a pas examiné la constitutionnalité de la perquisition périphérique entrant dans les motifs raisonnables qu'invoquaient les policiers.

Le résultat de cette conclusion est que la perquisition autorisée par le mandat n'était pas abusive. Étant donné que les conditions dans lesquelles la perquisition a été effectuée ne sont pas en litige, celle-ci n'était pas abusive et était conforme à la *Charte*. Toutefois, comme dans les arrêts *Grant* et *Wiley*, précités, cela ne met pas fin à l'analyse puisqu'il faut examiner s'il y a lieu d'appliquer le par. 24(2) parce que la perquisition périphérique sans mandat a violé l'art. 8; il me faut donc décider si les éléments de preuve obtenus l'ont été dans des conditions qui vont à l'encontre de la *Charte*.

#### B. *L'exclusion en vertu du par. 24(2)*

À mon sens, la perquisition périphérique faisait partie intégrante de l'enquête, qui comprenait la perquisition effectuée en vertu du mandat. Par conséquent, il existait, aux fins de l'application du par. 24(2), un lien temporel suffisant entre cette perquisition et l'obtention de la preuve. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure qu'il n'y a pas lieu d'écarter ces éléments. Je ne vois aucune erreur dans l'application qu'elle a faite des facteurs pertinents, et sa conclusion n'est pas déraisonnable. Il s'agit, toutefois, d'un cas limite, et un bref examen des facteurs pertinents confirme la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, this Court concluded that in determining whether information obtained in contravention of the *Charter* ought to be excluded from evidence three factors ought to be considered: (i) the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial, (ii) the seriousness of the violation of the *Charter* and (iii) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. The evidence which the Crown tendered is real evidence of the marihuana and various cultivation implements which were discovered in the search pursuant to a valid warrant and which existed prior to and independent of the *Charter* violation. Unlike the admission of self-incriminatory evidence, the admission of this sort of real evidence does not tend to bring the administration of justice into disrepute in that the evidence does not depend for its existence on the *Charter* violation.

In assessing the seriousness of the *Charter* violation, the good faith of the officers conducting the search is relevant. Subsequent to the warrantless search conducted in this case, I indicated in *Grant*, *supra*, that s. 10 *NCA* had to be read down to apply only to situations involving exigent circumstances which rendered obtaining prior judicial authorization impracticable. However, the police were entitled to rely on the law as it was at the time when the warrantless perimeter search was conducted and therefore to presume that warrantless perimeter searches were constitutionally valid pursuant to s. 10 *NCA*: *Kokesch*, *supra*, at pp. 33-34. In this case, the police had the necessary reasonable grounds to conclude that they could resort to the use of s. 10 *NCA*. I agree with the Court of Appeal that the police acted in good faith. This is not a case such as *Kokesch*, *supra*, where the officers operated on mere suspicion. Thus, with regard to the warrantless perimeter search, I would conclude that the police acted in good faith in reliance on powers granted them by Parliament in s. 10 *NCA*. Before entering the dwelling, they had obtained a warrant that was legally and constitutionally valid.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a conclu qu'afin de déterminer si des renseignements obtenus en contravention de la *Charte* doivent être écartés de la preuve, il faut prendre en considération trois facteurs: (i) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, (ii) la gravité de la violation de la *Charte* et (iii) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La preuve que le ministère public a présentée est la preuve matérielle de la présence de chanvre indien et de divers outils de culture découverts au moment de la perquisition effectuée en vertu d'un mandat valide et qui existaient antérieurement et indépendamment de la violation de la *Charte*. Contrairement à l'utilisation d'éléments de preuve auto-incriminants, l'utilisation de ce type de preuve matérielle ne tend pas à déconsidérer l'administration de la justice car son existence ne dépend pas de la violation de la *Charte*.

L'un des éléments pertinents quant à l'appréciation de la gravité de la violation de la *Charte* est la bonne foi des policiers procédant à la perquisition. Subséquemment à la perquisition sans mandat effectuée en l'espèce, j'ai indiqué dans l'arrêt *Grant*, précité, que l'art. 10 *LS* devait recevoir une interprétation atténuée de façon à ce qu'il s'applique seulement dans les situations où une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Cependant, les policiers pouvaient légitimement se fonder sur le droit tel qu'il existait au moment de la perquisition périphérique sans mandat et, par conséquent, présumer que ce type de perquisition était constitutionnel aux termes de l'art. 10 *LS*: arrêt *Kokesch*, précité, aux pp. 33 et 34. En l'espèce, les policiers avaient les motifs raisonnables requis pour conclure à la possibilité de recourir à l'art. 10 *LS*. Je partage l'avis de la Cour d'appel quant à la bonne foi des policiers. Il ne s'agit pas d'un cas semblable à celui de l'arrêt *Kokesch*, précité, où les agents avaient agi sur la foi d'un simple soupçon. Ainsi, en ce qui concerne la perquisition périphérique sans mandat, je suis d'avis de conclure que les policiers ont agi de bonne foi conformément aux pouvoirs que le législateur leur a conférés à l'art. 10 *LS*. Avant de pénétrer dans la

There was, therefore, no flagrant violation of the *Charter*.

With respect to the third factor to be considered, I have concluded that the administration of justice would not be brought into disrepute should the evidence be admitted. The guilt of the appellant with respect to cultivation of marihuana contrary to s. 6(1) *NCA* is clearly established on the real evidence. Further, as previously indicated, the offence is a serious one punishable by imprisonment for a maximum of seven years. Exclusion of the evidence would result in the absence of evidence by which the appellant could be convicted. In these circumstances, the seriousness of the offence militates in favour of the admission of the evidence: see *Collins, supra, per Lamer J.* (as he then was), at p. 286. I agree with the Court of Appeal that, on balance, exclusion of the evidence would have a greater negative effect on the repute of justice than would its admission.

After considering the relevant factors, I conclude that the evidence was properly admitted by the trial judge, despite the s. 8 violation which resulted from the warrantless perimeter search.

In the result, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons and the disposition as proposed by Justice Sopinka, save for certain comments on the right of the police to search the computerized records of public utilities.

I agree with my colleague that the question of whether records are protected centres on a person's reasonable expectation of privacy. As *La Forest J.* stated in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30:

... situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confi-

demeure, ils avaient obtenu un mandat, lequel était légalement et constitutionnellement valide. Il n'y a donc pas eu de violation flagrante de la *Charte*.

En ce qui concerne le troisième facteur, je conclus que l'utilisation des éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La culpabilité de l'appelant à l'égard de la culture de chanvre indien en contravention au par. 6(1) *LS* est clairement établie compte tenu de la preuve matérielle. De plus, comme je l'ai indiqué précédemment, il s'agit d'une infraction grave, punissable d'un emprisonnement maximal de sept ans. L'exclusion des éléments de preuve entraînerait l'absence de preuve permettant de conclure à la culpabilité de l'accusé. Dans ces circonstances, la gravité de l'infraction milite en faveur de l'utilisation de la preuve: voir *Collins*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 286. Je partage l'avis de la Cour d'appel que, tout compte fait, l'exclusion de la preuve aurait sur la considération dont jouit la justice un effet négatif plus grand que son utilisation.

Après examen des facteurs pertinents, j'en viens à la conclusion que le juge du procès pouvait légitimement admettre les éléments de preuve, malgré la violation de l'art. 8 résultant de la perquisition périphérique sans mandat.

En définitive, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Sopinka et au dispositif qu'il propose, sauf en ce qui concerne certaines observations concernant le droit de la police de fouiller dans les dossiers informatisés d'entreprises de services publics.

Comme mon collègue, j'estime que la question de savoir si des dossiers font l'objet d'une exemption de communication repose sur l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ainsi que l'affirme le juge *La Forest* dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 429 et 430:

... les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseigne-

dential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

The question in each case is whether the evidence discloses a reasonable expectation that the information will be kept in confidence and restricted to the purposes for which it is given. Although I find the case of electricity consumption records close to the line, I have concluded that the evidence here discloses a sufficient expectation of privacy to require the police to obtain a warrant before eliciting the information. I conclude that the information was not public, since there is no evidence suggesting that this information was available to the public and the police obtained access only by reason of a special arrangement. The records are capable of telling much about one's personal lifestyle, such as how many people lived in the house and what sort of activities were probably taking place there. The records tell a story about what is happening inside a private dwelling, the most private of places. I think that a reasonable person looking at these facts would conclude that the records should be used only for the purpose for which they were made — the delivery and billing of electricity — and not divulged to strangers without proper legal authorization.

I disagree with my colleague's assertion that "[t]he computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence" (p. 293). The very reason the police wanted these records was to learn about the appellant's personal lifestyle, i.e., the fact that he was growing marihuana. More generally, electricity consumption records may, as already noted, reveal how many people live in a house and much about what they do. While not as

ments seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Il faut se demander dans chaque cas si, d'après la preuve, on s'attendait raisonnablement que les renseignements soient gardés confidentiels et ne soient utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été fournis. Quoique les dossiers portant sur la consommation d'électricité me paraissent constituer un cas limite, j'estime que la preuve produite en l'espèce révèle une attente suffisante en matière de vie privée pour que la police soit tenue d'obtenir un mandat avant de prendre les renseignements en question. Je conclus que ceux-ci ne revêtaient aucun caractère public puisque rien dans la preuve n'indique qu'ils étaient accessibles au public et puisque la police n'a pu y avoir accès qu'en raison d'une entente spéciale. Il est possible de tirer des dossiers en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée. Je crois qu'une personne raisonnable qui considérerait ces faits serait amenée à conclure que les dossiers ne devraient servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été constitués, à savoir l'alimentation en électricité et la facturation de l'électricité consommée. Ils ne devraient pas être mis à la disposition de n'importe qui sans l'autorisation judiciaire voulue.

Selon mon collègue, «on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révélant que très peu de choses du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence» (p. 293). Je ne partage pas cet avis. C'est d'ailleurs précisément pour se renseigner sur le mode de vie personnel de l'appelant (c.-à-d. sur le fait qu'il se livrait à la culture du chanvre indien) que la police souhaitait consulter ces dossiers. D'une manière plus générale, les dossiers faisant état de la con-

revealing as many types of records, they can disclose important personal information.

My colleague notes that the relationship between the appellant and the electricity commission was not one of confidence. It seems to me that the question is not so much whether the relationship is one of confidence, so much as whether the particular records disclose a reasonable expectation of confidence. Moreover, as my colleague points out, this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, has held that commercial records may be characterized in some circumstances as confidential.

My colleague states that the information was generally available to the public. This, with respect, does not accord with the evidence, which as noted, suggests that the records were not open to the public, and that the police were able to access them only by using a special computer number which they had been given in confidence. This is an important factor; had I been able to conclude that the records were open to the public, I might well have concluded with my colleague that the appellant had no expectation of privacy in the records.

My colleague also argues that the place and manner in which the information was retrieved belie a reasonable expectation of privacy, emphasizing that the police did not have to intrude into "places ordinarily considered private" like a house or hotel room to get the information. But, again with respect, this begs the question. Computers may and should be private places, where the information they contain is subject to the legal protection arising from a reasonable expectation of privacy. Computers may contain a wealth of personal information. Depending on its character, that

sommation d'électricité peuvent, comme je l'ai déjà indiqué, révéler combien de personnes habitent une maison et en dire long sur leurs activités. Quoique moins révélateurs que bien d'autres types de dossiers, ils peuvent dévoiler d'importants renseignements personnels.

Mon collègue fait remarquer que la relation existant entre l'appelant et la commission de l'électricité n'était pas une relation de confiance. Il me semble toutefois que la question n'est pas tant de savoir s'il s'agit d'une relation de confiance que de savoir si les dossiers particuliers dont il s'agit permettent de conclure à une attente raisonnable de confidentialité. D'autre part, comme le signale mon collègue, notre Cour a statué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, que les dossiers commerciaux peuvent dans certaines circonstances être qualifiés de confidentiels.

Mon collègue affirme que les renseignements en cause étaient généralement accessibles au public. Or, voilà qui, avec égards, ne concorde pas avec la preuve, de laquelle il ressort, répétons-le, que l'accès des dossiers était refusé au public et que la police n'a pu les consulter qu'au moyen d'un numéro spécial d'ordinateur qui lui avait été fourni à titre confidentiel. Ce point est capital, car si j'avais pu conclure que le public avait accès aux dossiers, j'aurais bien pu décider, comme mon collègue, que l'appelant n'avait relativement aux dossiers aucune attente en matière de vie privée.

Mon collègue soutient en outre que l'endroit où les renseignements ont été extraits et la méthode d'extraction ne permettent pas de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée puisque, souligne-t-il, la police n'a pas eu à s'introduire dans des «endroits ordinairement considérés comme privés», comme une maison ou une chambre d'hôtel, pour obtenir ces renseignements. Mais, avec égards encore une fois, mon collègue élude la question. Les ordinateurs peuvent, et devraient, être des endroits privés, les données qui y sont emmagasinées bénéficiant de la protection

information may be as private as any found in a dwelling house or hotel room.

My colleague finally argues that the seriousness of the offence outweighs any privacy interest in the records. I confess to reservations about a case-by-case balancing approach to whether a warrant is required or not to obtain information. In each case, the police would have to ask themselves: is the offence serious enough to outweigh the suspect's privacy interest? If the answer is yes, they would take the evidence without a warrant. The courts would then have to review their exercise of judgment. In my view, such a regime would provide little comfort to the person whose privacy interest is at stake, and would breed uncertainty and litigation. Such considerations may have a place in determining whether improperly obtained evidence may be admitted under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but are problematic at the earlier stage of determining whether rights have been violated. The test must remain the individual's reasonable expectation of privacy. If that test is met, a search without a warrant will constitute a violation, even where the suspected offence is a serious one.

Although I conclude that the evidence obtained as a result of the computer search was improperly obtained and should not have been used in obtaining the warrant which is at issue here, I am satisfied that there was sufficient other evidence to support the issuance of the warrant. Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

juridique qu'entraîne une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Un ordinateur peut contenir une abondance de renseignements personnels qui, suivant leur nature, peuvent être tout aussi privés que ceux qui se trouvent dans une maison d'habitation ou dans une chambre d'hôtel.

Mon collègue prétend en dernier lieu que la gravité de l'infraction l'emporte sur tout droit au respect de la vie privée pouvant exister relativement aux dossiers. J'ai des doutes franchement quant au recours à un examen au cas par cas afin de déterminer s'il faut ou non obtenir un mandat pour recueillir des renseignements. La police se verrait en effet obligée de se demander dans chaque cas si l'infraction est suffisamment grave pour l'emporter sur le droit du suspect au respect de sa vie privée. Dans l'affirmative, la police recueillerait les éléments de preuve sans obtenir de mandat. Ce serait alors aux tribunaux de contrôler la façon dont la police aurait exercé son jugement. À mon avis, pareil régime, tout en s'avérant peu rassurant pour la personne dont le droit au respect de la vie privée est en jeu, serait générateur d'incertitudes et de litiges. Voilà des considérations qui pourront entrer en ligne de compte aux fins de déterminer si des éléments de preuve irrégulièrement obtenus peuvent être utilisés en vertu de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qui créent des problèmes au stade préalable où il s'agit de déterminer s'il y a eu violation de droits. Le critère doit toujours être ce à quoi l'individu peut raisonnablement s'attendre en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Du moment que ce critère est rempli, une fouille ou une perquisition sans mandat constituera une violation, même si l'infraction soupçonnée est grave.

Bien que concluant que les éléments de preuve recueillis au moyen de la perquisition informatique l'ont été de façon irrégulière et n'auraient pas dû être utilisés pour obtenir le mandat en cause dans la présente affaire, je suis convaincue qu'il existait suffisamment d'autres éléments de preuve pour justifier la délivrance du mandat. Par conséquent, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge Sopinka.



*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Lord, Russell, Calgary.*

*Procureurs de l'appelant: Lord, Russell, Calgary.*

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

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

**James Harbottle** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HARBOTTLE

File No.: 23037.

Hearing and judgment: 1993: May 25.

Reasons delivered: 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Murder — First degree murder — Death caused while committing enumerated offence — Woman forcibly confined, sexually assaulted, mutilated and strangled — Accused preventing victim from struggling while companion strangled her — Whether or not guilty of first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5), am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)).*

Appellant together with a companion forcibly confined a young woman. After his companion brutally sexually assaulted her and subjected her to a litany of atrocities while appellant watched, appellant and his companion discussed ways of killing her "nicely". When her struggling prevented their slashing her wrists, they decided to strangle her. Appellant held the victim's legs to prevent her from continuing to kick and struggle while his companion strangled her — her hands were tied. The trial judge told the jury that she had difficulty pointing to evidence of planning and deliberation and also charged them on the basis that murder in the first degree could have occurred while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined. Since it was impossible to know on which basis the jury reached its verdict of guilty, the charge with respect to s. 214(5) (now s. 231(5)) of the *Criminal Code* had to be correct in order to obviate a new trial. The conviction was upheld at the Court of Appeal where it was conceded that appellant was a party to the murder while participating in her forcible confinement and sexual assault. At issue here was whether appellant's participation was

**James Harbottle** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HARBOTTLE

<sup>b</sup> N° du greffe: 23037.

Audition et jugement: 1993: 25 mai.

Motifs déposés: 1993: 30 septembre.

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

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

<sup>d</sup>

*Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Mort causée pendant la perpétration d'une infraction énumérée — Femme séquestrée, agressée sexuellement, mutilée et étranglée — L'accusé a empêché la victime de résister pendant que son compagnon l'étranglait — Est-il coupable de meurtre au premier degré? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5), mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 231(5)).*

<sup>e</sup>

L'appelant et un compagnon ont séquestré une jeune femme. Après que son compagnon eut brutalement agressé sexuellement la victime et lui eut infligé de multiples atrocités sous ses yeux, l'appelant et son compagnon ont discuté de manières de la tuer «en douceur». Se voyant incapables de lui taillader les poignets en raison de la résistance qu'elle opposait, ils ont décidé de l'étrangler. L'appelant a saisi les jambes de la victime, qui avait les mains liées, pour l'empêcher de continuer de donner des coups de pied et de résister pendant que son compagnon l'étranglait. Le juge du procès a dit au jury qu'elle avait du mal à distinguer une preuve de préméditation et de propos délibéré et, dans son exposé, elle a également précisé qu'un meurtre au premier degré aurait pu être commis pendant l'agression sexuelle ou la séquestration de la victime. Étant donné qu'il était impossible de déterminer ce sur quoi le jury s'était fondé pour en arriver à son verdict de culpabilité, l'exposé au jury concernant le par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)) du *Code criminel* devait être juste afin d'éviter la tenue d'un nouveau procès. La déclaration de culpabilité a été maintenue en Cour d'appel où il a été

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

such that he can be found guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5).

*Held:* The appeal should be dismissed.

Given that appellant and his companion discussed ways of killing their victim "nicely", there was ample evidence upon which the jury could have found that the murder was planned and premeditated by both appellant and his companion.

The question of causation under s. 214(5) "does not require a determination of who is a party to the commission of a particular offence" under s. 21. The broad wording of s. 21 makes a consideration of fine distinctions between first and second degree principals to a crime and between accessories before and after the fact unnecessary and inappropriate.

Parliament included a causation requirement in s. 214(5) with the words "when death is caused by that person". This phrase is more than an adoption by reference of the phrase (in s. 212(a), now s. 229(a)) "where the person who causes the death of a human being" means to cause his death. The words in s. 214(1) do not compel the extremely narrow interpretation that the subsection only applies to a person who diagnostically occasioned the victim's death. The word "caused" is broad enough to include both perpetrators and those who assist in the murder and comes within the purview of the substantial cause test.

First degree murder is an aggravated form of murder and not a distinct substantive offence. Section 214(5) is a sentencing provision to be considered after the jury has found the accused guilty of murder. The gravity of the crime and the severity of the sentence both indicate that a substantial and high degree of blameworthiness, above and beyond that of murder, must be established in order to convict an accused of first degree murder.

The test of causation for s. 214(5) must be a strict one, given the consequences of conviction for first degree murder and given the wording of the section. An accused may only be convicted under the subsection if

admis que l'appelant avait été partie au meurtre en participant à la séquestration ou à l'agression sexuelle de la victime. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la participation de l'appelant a été telle qu'il peut être déclaré coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5).

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Étant donné que l'appelant et son compagnon ont discuté de manières de tuer «en douceur» leur victime, il y avait de nombreux éléments de preuve qui auraient permis au jury de conclure que le meurtre a été prémédité à la fois par l'appelant et par son compagnon.

La question de la causalité au sens du par. 214(5) «n'exige pas que l'on détermine qui est un participant à une infraction donnée» au sens de l'art. 21. La formulation générale de l'art. 21 rend inutile et inapproprié l'examen des distinctions subtiles entre l'auteur d'un crime au premier et l'auteur d'un crime au deuxième degré et entre le complice avant le fait et le complice après le fait.

Le Parlement a inclus une exigence de lien de causalité au par. 214(5) en utilisant les termes «quiconque cause la mort». Cette expression représente plus que l'adoption par renvoi de l'expression (que l'on trouve à l'al. 212a), maintenant l'al. 229a) «lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain» à l'intention de causer sa mort. Les termes du par. 214(1) n'obligent pas à donner l'interprétation extrêmement restrictive selon laquelle ce paragraphe ne s'applique qu'à la personne qui, sur le plan diagnostique, a causé la mort de la victime. L'expression «est causée», que l'on trouve dans la disposition actuelle, a une portée suffisamment générale pour viser tant l'auteur du meurtre que celui qui aide à le perpétrer et auquel s'applique le critère de la cause substantielle.

Le meurtre au premier degré est une forme grave de meurtre et non une infraction matérielle précise distincte. Le paragraphe 214(5) est une disposition relative au prononcé de la sentence qui doit être prise en considération après que le jury a reconnu l'accusé coupable de meurtre. La gravité du crime et la sévérité de la peine indiquent tous les deux qu'il faut établir l'existence d'un degré substantiel et élevé de culpabilité, outre celle de meurtre, pour que l'accusé soit déclaré coupable de meurtre au premier degré.

Le critère de causalité applicable aux fins du par. 214(5) doit être strict, étant donné les conséquences d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et le texte de la disposition. Un accusé ne peut être

the Crown establishes that he or she has committed an act or series of acts which are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral cause of the death.

Causation occurs when an act or a series of acts (in exceptional cases an omission or series of omissions) consciously performed by the accused is or are so connected with the event that it or they must be regarded as having a sufficiently substantial causal effect which subsisted up to the happening of the event, without being spent or without being in the eyes of the law sufficiently interrupted by some other act or event. The accused must play a very active role — usually a physical role — in the killing. Under s. 214(5), the actions of the accused must form an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. Obviously, this requirement is much higher than that necessary for manslaughter.

Physically causing the death of the victim will in most cases be required to convict under s. 214(5). However, while the intervening act of another will often mean that the accused is no longer the substantial cause of the death under s. 214(5), there will be instances where an accused could well be the substantial cause of the death without physically causing it.

An accused may be found guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5) if the Crown has established beyond a reasonable doubt that: (1) the accused was guilty of the underlying crime of domination or of attempting to commit that crime; (2) the accused was guilty of the murder of the victim; (3) the accused participated in the murder in such a manner that he or she was a substantial cause of the victim's death; (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused no longer being substantially connected to the death of the victim; and, (5) the crimes of domination and murder were part of the same series of events. It would be appropriate to charge a jury in those terms.

All of the elements of the test were established by the evidence. Had appellant not held her legs, the victim probably would have been able to resist the attempts to strangle her.

The directions to the jury by the trial judge were eminently fair and adequately covered all the requisite ele-

déclaré coupable, en vertu de ce paragraphe, que si le ministère public prouve qu'il a accompli un acte ou une série d'actes d'une telle nature qu'ils doivent être considérés comme une cause substantielle et essentielle du décès.

Il y a un lien de causalité lorsqu'un acte ou une série d'actes (exceptionnellement, une omission ou une série d'omissions) consciemment accomplis par l'accusé sont tellement liés à l'événement qu'ils doivent être considérés comme ayant un effet causal suffisamment substantiel qui a subsisté jusqu'à ce que l'événement survienne, sans qu'il y soit mis fin ou qu'il soit suffisamment interrompu, aux yeux de la loi, par quelque autre acte ou événement. L'accusé doit avoir joué un rôle très actif — habituellement un rôle de nature physique — dans le meurtre. Aux fins du par. 214(5), les actes de l'accusé doivent constituer un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. De toute évidence, cette exigence est plus grande que celle applicable à l'homicide involontaire coupable.

Dans la plupart des cas, il sera nécessaire que l'accusé ait matériellement causé la mort de la victime pour qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 214(5). Toutefois, même si l'intervention d'une autre personne signifiera souvent que l'accusé n'est plus la cause substantielle du décès aux fins du par. 214(5), il y aura des cas où un accusé pourrait bien être la cause substantielle de la mort sans l'avoir matériellement causée.

Un accusé peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5), lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que: (1) l'accusé est coupable du crime sous-jacent comportant domination ou d'une tentative de commettre ce crime, (2) l'accusé est coupable du meurtre de la victime, (3) l'accusé a participé au meurtre d'une telle manière qu'il a été une cause substantielle du décès de la victime, (4) il n'y a pas eu d'intervention d'une autre personne qui fait en sorte que l'accusé n'est plus substantiellement lié au décès de la victime, et (5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même série d'événements. Il serait opportun que les directives au jury soient données en ces termes.

La preuve a établi l'existence de tous les éléments du critère applicable. Si l'appelant n'avait pas tenu les jambes de la victime, elle aurait probablement pu résister aux tentatives d'étranglement.

Les directives données au jury par le juge du procès étaient éminemment justes et ont porté sur tous les élé-

ments of the offences of domination, murder and first degree murder.

ments requis des infractions comportant domination, du meurtre et du meurtre au premier degré.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187; *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313; *R. v. Dollan and Newstead* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, aff'd (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; **referred to:** *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 205(1), 204 to 211, 212(a), 214(3), (5) (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21, 221 to 228, 229(a), 231(3), (5)).  
*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 4.

### Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1991.  
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 385, 54 O.A.C. 32, 72 C.C.C. (3d) 257, 14 C.R. (4th) 363, dismissing an appeal from conviction by Van Camp J. sitting with jury. Appeal dismissed.

*Clayton Ruby and Paul Burstein*, for the appellant.

*Lucy Cecchetto*, for the respondent.

### a Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187; *R. c. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313; *R. c. Dollan and Newstead* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, conf. (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. c. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *R. c. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. c. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Smithers v. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21, 205(1), 204 à 211, 212a), 214(3), (5) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21, 221 à 228, 229a), 231(3), (5)).  
*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 4.

### Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1991.  
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 385, 54 O.A.C. 32, 72 C.C.C. (3d) 257, 14 C.R. (4th) 363, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Van Camp siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

*Clayton Ruby et Paul Burstein*, pour l'appelant.

*Lucy Cecchetto*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — The appellant James Harbottle together with his friend Shawn Ross forcibly confined Elaine Bown. While she was still confined with her hands tied, Shawn Ross strangled her while Harbottle held her legs to prevent her from continuing to kick and struggle. What must be determined on this appeal is whether Harbottle's participation was such that he can be found guilty of first degree murder pursuant to the provisions of s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (and now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) (cited herein to R.S.C. 1970).

#### Factual Background

The disposition of this appeal requires the sordid factual background to be set out in some detail. The body of Elaine Bown, a 17-year-old high school student from Fonthill, Ontario, was discovered by firefighters called to a fire at 5 Lowther Avenue in Toronto in the early morning hours of July 12, 1988. She was lying on her back with her hands tied above her head. She had been strangled and the remains of a brown brassiere were found around her neck. There were copious quantities of semen in her vagina. Her blood tested negative for alcohol and drugs.

This young girl was, for some strange reason, attracted by the street life of Toronto and would hitchhike into the city from Fonthill on weekends. How she met her sad fate is best described in the chilling words of the appellant uttered during a videotaped statement to the police. The appellant told the officers that prior to the rape and killing there had been no sexual activity between the victim and Ross. On the morning of the killing, Ross and the appellant woke the victim and asked if she wanted to accompany them to get some food and she said no. They left her and went to the Scott Mission to get a bag lunch. They then went to the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'appelant, James Harbottle et son ami, Shawn Ross, ont séquestré Elaine Bown. Pendant qu'elle était toujours séquestrée, les mains attachées, la victime a été étranglée par Shawn Ross tandis que James Harbottle lui tenait les jambes pour l'empêcher de continuer de donner des coups de pied et de résister. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la participation de Harbottle a été telle qu'il peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)) (cité en l'espèce à S.R.C. 1970).

#### d Les faits

Pour statuer sur le présent pourvoi, il est nécessaire d'exposer de manière relativement détaillée les actes sordides qui sont à l'origine de l'affaire. Le cadavre d'Elaine Bown, une élève du niveau secondaire âgée de 17 ans, habitant Fonthill, en Ontario, a été découvert par les pompiers appelés à combattre un incendie qui s'était déclaré au 5, avenue Lowther, à Toronto, aux petites heures du matin, le 12 juillet 1988. Le corps de la victime reposait sur le dos et elle avait les mains attachées au-dessus de la tête. Elle avait été étranglée et avait autour du cou les restes d'un soutien-gorge brun. Elle avait une quantité considérable de sperme dans le vagin. Les analyses de son sang n'ont pas révélé la présence d'alcool ou de drogue.

Pour quelque motif obscur, la jeune fille était attirée par la vie dans les rues de Toronto et, les week-ends, elle faisait de l'auto-stop à partir de Fonthill pour se rendre en ville. La manière dont elle a connu une fin tragique ressort le mieux des propos à donner le frisson tenus par l'appelant au cours d'une déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'il a faite à la police. L'appelant a dit aux agents qu'il n'y avait eu aucune activité sexuelle entre la victime et Ross avant le viol et l'assassinat. Le matin du meurtre, Ross et l'appelant ont réveillé la victime et lui ont demandé si elle voulait les accompagner pour aller chercher de la nourri-

clothing room and got some clothes. Ross then indicated to the appellant his intentions.

In a statement to the police the appellant recounted in grim detail the sordid sequence of events which included the sexual assault, forcible confinement and ultimately the murder of the victim. His words reveal a brutish insensitivity to human suffering and death. The appellant related that while they were returning from the Scott Mission, Ross told him he was going to assault the victim sexually. When they returned to the house on Lowther Avenue, Harbottle gave Ross his knife which Ross used to cut off Elaine Bown's clothes. Harbottle then watched while Ross raped her and perpetrated the most cruel and demeaning acts upon her.

The forcible confinement and murder of the victim are depicted in the statement of the appellant in these chilling words:

He cut her, put an "X" on her chest and uh, with a razor, and then stabbed her with a knife in the arm. And uh, after that — well, he tied her up too and stuff and gagged her. And then after that he — me and him went into another room actually and uh, I said now what are you going to do? You cut her up and stuff and uh, he said why don't we kill her. And uh, I said well I don't know, maybe. And then he said well why not. And I said okay, fine. And I carried her downstairs and what not. And then I said why don't we kill her nicely, you know. I didn't want her to go through any pain or anything. So he said why don't we cut her wrists. And I said go for it. And she said she didn't want to die. He said well I'm going to have to do it. So he started slashing her wrists but she pulled away what not, so he couldn't do that. So then he said why don't we strangle her. And I said go for it then. And he cut off her bra, take her bra, wrapped it around her neck. I grabbed her leg cause she started kicking and [Ross] strangled her to death. Then we put her under the couch and we left and went and panhandled for some glue and got a little high on glue. Then went back — back about 3 o'clock in the morning or something like that and torched the place . . . . [Emphasis added.]

ture. Elle a répondu non. Ils l'ont laissée et se sont rendus à la mission Scott pour obtenir un sac de nourriture. Ils sont ensuite allés se procurer des vêtements au local prévu à cette fin. Puis Ross a fait part de ses intentions à l'appellant.

Dans une déclaration à la police, l'appellant a raconté de manière sinistrement détaillée la suite sordide d'événements comprenant l'agression sexuelle de la victime, sa séquestration et finalement son assassinat. Ces propos révèlent une insensibilité brutale à la souffrance humaine et à la mort. L'appellant a raconté que, pendant qu'ils revenaient de la mission Scott, Ross lui a dit qu'il allait agresser sexuellement la victime. À leur retour à la maison de l'avenue Lowther, Harbottle a remis son couteau à Ross qui s'en est servi pour arracher les vêtements d'Elaine Bown. Harbottle a alors regardé Ross la violer et accomplir sur elle les actes les plus cruels et avilissants.

Dans sa déclaration, l'appellant décrit en ces termes à donner le frisson la séquestration et le meurtre de la victime:

[TRADUCTION] Il l'a tailladée, lui a tracé un «X» sur la poitrine et, euh!, avec un rasoir, puis il l'a poignardée au bras. Et, euh!, après ça, et bien, il l'a ligotée et bâillonnée. Puis après ça, il — lui et moi, sommes en fait allés dans une autre pièce et, euh!, j'ai dit qu'est-ce que tu vas faire maintenant? Tu la découpes, etc. et, euh!, il a dit pourquoi ne pas la tuer? Et, euh!, j'ai dit, bien je ne sais pas, peut-être. Ensuite, il a dit pourquoi pas. J'ai dit o.k., très bien. Et je l'ai transportée en bas, et quoi d'autre. Puis j'ai dit pourquoi ne pas la tuer en douceur, tu sais. Je ne voulais pas qu'elle souffre ou quoi que ce soit. Alors il a proposé de lui trancher les poignets. Et je lui ai dit que j'étais d'accord. Puis elle a dit qu'elle ne voulait pas mourir. Il a dit qu'il fallait qu'il la tue. Alors il a commencé à lui taillader les poignets, mais elle s'est dégagée et l'a empêché de continuer. Puis il a proposé de l'étrangler. Et j'ai dit d'accord, fais-le. Et il lui a enlevé son soutien-gorge avec le couteau et l'a enroulé autour de son cou. J'ai saisi ses jambes parce qu'elle commençait à donner des coups de pied et [Ross] l'a étranglée à mort. Puis nous l'avons placée sous le sofa et nous avons quitté les lieux. Nous avons mendié pour acheter de la colle et nous avons plané un peu. Ensuite, nous sommes retournés au squat — vers trois heures du matin ou à peu près, puis nous avons mis le feu à la baraque . . . [Je souligne.]

That it was essential for the appellant to intervene and to enable Ross to strangle the victim might be readily surmised from a comparison of the size of Ross and Elaine Bown. At the time of the murder, Shawn Ross was 17 years old, 5'7" tall and weighed only 130 lb. Elaine Bown was 5'4" tall and weighed 140 lb. This may give an indication of the importance and significance of the actions of Harbottle in holding her legs. The length and intensity of the struggle is also evidenced by the extensive bruising of the victim's neck which is typical of grabbing injuries and a sign of throttling.

The Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 385

Harbottle was found by the jury to be guilty of first degree murder and given the mandatory sentence of life imprisonment with no eligibility of parole for 25 years. He appealed the conviction.

At the Court of Appeal, it was conceded that Harbottle was a party to the murder of Elaine Bown while participating in her forcible confinement or sexual assault. The sole question for determination was whether or not his participation was such that he could be found guilty of first degree murder pursuant to the provisions of s. 214(5) of the *Criminal Code*.

*The Minority*

The reasons of the minority carefully reviewed the history of the legislation which culminated in s. 214(5). It was the minority judge's view that the words in s. 214(5) "caused the death" indicated that the Crown must establish that the accused physically caused the death of the victim. That is to say that the accused's acts were the pathological or diagnostic cause of the death. Here, the death was caused by the strangulation which was effected by Ross. Thus, although Harbottle was at a minimum a party to the underlying offence of forcible confinement and he participated in the

On pourrait facilement présumer, en comparant le poids et la taille de Ross avec ceux d'Elaine Bown, qu'il était indispensable que l'appelant intervienne pour que Ross puisse étrangler la victime. Au moment du meurtre, Shawn Ross avait 17 ans, mesurait cinq pieds et sept pouces et ne pesait que 130 livres. Elaine Bown mesurait cinq pieds et quatre pouces et pesait 140 livres. Cela donne une idée de l'importance et de la portée qu'ont eu les actes de Harbottle lorsqu'il a tenu les jambes de la victime. La durée et l'intensité de la résistance opposée par la victime ressortent également des nombreuses contusions constatées sur son cou, lesquelles correspondent aux blessures qui sont habituellement infligées par une empoigne et témoignent d'une strangulation.

La Cour d'appel (1992), 8 O.R. (3d) 385

Le jury a reconnu Harbottle coupable de meurtre au premier degré et l'a condamné à purger la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle avant 25 ans. Harbottle a interjeté appel de la déclaration de culpabilité.

En Cour d'appel, il a été admis que Harbottle avait été partie au meurtre d'Elaine Bown en participant à la séquestration ou à l'agression sexuelle de la victime. Il s'agissait seulement de savoir si sa participation était telle qu'il pouvait être déclaré coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5) du *Code criminel*.

*Le jugement minoritaire*

Dans le jugement minoritaire, on examine en détail l'historique de la mesure législative qui a abouti au par. 214(5). Selon le juge dissident, les mots «cause la mort» que l'on trouve au par. 214(5) indiquent que le ministère public doit prouver que l'accusé a matériellement causé la mort de la victime, c'est-à-dire que la mort est attribuable, sur le plan pathologique ou diagnostique, aux actes de l'accusé. En l'espèce, le décès est attribuable à la strangulation commise par Ross. Ainsi, même si Harbottle a, à tout le moins, été partie à l'infraction sous-jacente de séquestration et a participé au



murder by holding the victim's legs, he did not occasion her asphyxiation. As a result, he could not be found to have committed first degree murder. The position was put this way at p. 420:

In the case at bar, the evidence established asphyxia as the cause of death. That result flowed entirely from the act of strangulation performed by Ross alone. There was no physical result flowing from Harbottle's actions which contributed to the asphyxiation of Ms. Bown. His acts adversely affected Ms. Bown's ability to resist Ross' attack but they did not contribute to her inability to breathe.

Harbottle's encouragement of Ross may have led Ross to do the act which caused Ms. Bown's death. Harbottle's restraining of Ms. Bown may have facilitated or even made it possible for Ross to strangle Ms. Bown. However, Harbottle performed no part of the single physical act which on the evidence resulted in the death of Ms. Bown. That result was entirely the product of Ross' own volitional act. Harbottle was no doubt a party to that act and was legally responsible for its consequences. He did not, however, physically cause those consequences.

### *The Majority*

The majority agreed with the minority that liability under s. 214(5) was limited to the person or persons who by their own act or acts physically caused the death of the victim. However, they concluded that the words "caused the death" should not have such a narrow an interpretation as to require that the accused must be the diagnostic or pathological cause of the death. In their view, Harbottle's holding of the victim's legs while Ross strangled her with the brassiere was a sufficient basis to conclude that he had caused her death pursuant to the provisions of s. 214(5). They pointed out that if Harbottle had not done this, she might have resisted any attempts to strangle her just as she had successfully resisted the attempts to cut her wrists. They therefore dismissed the appeal.

### Analysis

At the outset, I should express my complete agreement with Galligan J.A. speaking for the

meurtre en tenant les jambes de la victime, il n'a pas provoqué son asphyxie. Il ne pouvait donc pas être reconnu coupable de meurtre au premier degré. Voici comment cette thèse est formulée, à la p. 420:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, la preuve a établi que l'asphyxie était la cause du décès. Celui-ci résulte en totalité de la strangulation commise par Ross seulement. Aucune conséquence matérielle des actes de Harbottle n'a contribué à l'asphyxie de M<sup>me</sup> Bown. Ses actes ont empêché la victime de résister à l'agression de Ross, mais ils n'ont pas contribué à son incapacité de respirer.

L'encouragement de Ross par Harbottle a pu inciter Ross à accomplir l'acte qui a causé la mort de M<sup>me</sup> Bown. Le fait que Harbottle a immobilisé M<sup>me</sup> Bown a pu faciliter son étranglement par Ross ou même le rendre possible. Toutefois, Harbottle n'a pas pris part à l'acte physique qui, selon la preuve, a entraîné la mort de M<sup>me</sup> Bown. Ce résultat est entièrement imputable à l'acte accompli par Ross de son propre chef. Harbottle a indubitablement été partie à cet acte et a été légalement responsable de ses conséquences, mais il n'a pas matériellement provoqué ces conséquences.

### *Le jugement majoritaire*

Les juges formant la majorité ont convenu avec le juge dissident que la responsabilité découlant du par. 214(5) était limitée aux personnes qui, de leur propre fait, ont matériellement causé la mort de la victime. Cependant, ils ont conclu que l'expression «cause la mort» ne devrait pas être interprétée restrictivement au point d'exiger que le décès soit imputable, sur le plan pathologique ou diagnostique, à l'acte de l'accusé. Selon eux, le fait que Harbottle a tenu les jambes de la victime pendant que Ross l'étranglait avec le soutien-gorge est suffisant pour conclure qu'il a causé sa mort au sens du par. 214(5). Ils ont souligné que si Harbottle n'avait pas agi ainsi, la victime aurait pu résister à toute tentative d'étranglement tout comme elle avait réussi à empêcher qu'on lui tranche les poignets. Ils ont donc rejeté l'appel.

### Analyse

D'emblée, je précise que je partage entièrement l'avis du juge Galligan qui a affirmé, au nom de la

majority that there was ample evidence upon which the jury could have found that the murder of Elaine Bown was planned and premeditated by both Harbottle and Ross. Following the sexual assault, the two went out of the room and discussed the murder of the victim. They talked about slashing her wrists and Harbottle advocated that they kill her "nicely". Later, when slashing her wrists proved ineffective, they again discussed how best to kill her and determined that she should be strangled. Harbottle then carried her part way down the stairs until he fell. She walked the rest of the way. Ross and Harbottle then proceeded to carry out the planned strangulation. I would have thought that there would be no question that the jury's verdict of first degree murder could have been based upon the evidence of planning and premeditation.

However, the trial judge told the jury she had difficulty pointing to evidence of planning and deliberation. Therefore the jury was charged as well on the basis that the murder could have occurred while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined and might thereby be found to be first degree murder. It is impossible to know on which basis the jury reached its verdict. It follows that if the charge with regard to s. 214(5) was not correct there must be a new trial. It is therefore essential that this issue be explored.

Section 214 is designed to impose the longest possible term of imprisonment without eligibility for parole upon those who commit the most grievous murders. It is concerned with contract killers, with those who murder police and correctional officers, with those who murder after due planning and premeditation, and with those who murder while committing crimes of domination.

To this effect, the portions of s. 214(5) relevant to this case provide that:

Cour d'appel à la majorité, qu'il y avait de nombreux éléments de preuve qui auraient permis au jury de conclure que le meurtre d'Elaine Bown a été prémédité à la fois par Harbottle et par Ross. Après l'agression sexuelle, les deux étaient sortis de la pièce et avaient discuté du meurtre de la victime. Ils ont parlé de lui taillader les poignets et Harbottle a proposé de la tuer «en douceur». Plus tard, lorsque la tentative de lui taillader les poignets a échoué, ils ont à nouveau discuté de la meilleure façon de la tuer et ils ont décidé de l'étrangler. Harbottle a ensuite transporté la victime à mi-chemin en bas, par l'escalier, jusqu'à ce qu'il tombe. Elle a fait le reste du parcours en marchant. Ross et Harbottle ont alors mis à exécution leur projet de strangulation. J'aurais cru qu'il n'aurait fait aucun doute que le verdict du jury déclarant l'appelant coupable de meurtre au premier degré aurait pu se fonder sur la preuve de préméditation.

Cependant, le juge du procès a dit au jury qu'elle avait du mal à distinguer une preuve de préméditation et de propos délibéré. Dans son exposé, elle a donc précisé également que le meurtre aurait pu être commis pendant l'agression sexuelle ou la séquestration de la victime, et qu'il serait, de ce fait, possible de juger qu'il s'agit d'un meurtre au premier degré. Il est impossible de déterminer ce sur quoi le jury s'est fondé pour en arriver à son verdict. Il s'ensuit que si l'exposé au jury concernant le par. 214(5) n'était pas juste, un nouveau procès doit avoir lieu. Il est donc essentiel d'examiner cette question.

L'article 214 a pour objet d'infliger aux personnes qui commettent les meurtres les plus crapuleux la peine d'emprisonnement la plus longue possible, sans possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle. Il vise le tueur à gages, le meurtrier d'un policier ou d'un agent des services correctionnels, celui qui commet un meurtre après l'avoir dûment prémédité et celui qui cause la mort en commettant un crime comportant domination.

À cet égard, voici les parties du par. 214(5) qui sont pertinentes en l'espèce:

214. . . .

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(b) section 246.1 (sexual assault);

(c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or

(e) section 247 (kidnapping and forcible confinement). [Emphasis added.]

At the outset I should state that I agree with Galligan J.A., at p. 391, that the question of causation under s. 214(5) “does not require a determination of who is a party to the commission of a particular offence” under s. 21. Certainly, principles of causation and secondary liability are not unrelated. See Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 349. On this subject, the English cases have made fine distinctions between first and second degree principals to a crime and between accessories before and after the fact. However, the broad wording of s. 21 makes a consideration of these fine distinctions unnecessary and inappropriate. See *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 693, citing *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489, at p. 493, and Alan W. Mewett and Morris Manning in *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 43. What must be determined is the meaning of the words “when the death is caused by that person” as they appear in s. 214(5).

#### *History of s. 214(5) and Its Present Wording*

It was the position of the appellant, based upon the reasons of the minority in the Court of Appeal, that the legislative history of s. 214(5) compels an extremely narrow interpretation of the words “death is caused”. It is contended that the subsection is applicable only to a person who diagnosti-

214. . . .

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

b) article 246.1 (agression sexuelle);

c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);

d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou

e) article 247 (enlèvement et séquestration). [Je souligne.]

Je dois préciser tout d'abord que je suis d'accord avec le juge Galligan, à la p. 391, pour dire que la question de la causalité au sens du par. 214(5) [TRADUCTION] «n'exige pas que l'on détermine qui est un participant à une infraction donnée», au sens de l'art. 21. Les principes de la causalité et de la responsabilité secondaire ne sont certainement pas étrangers l'un à l'autre. Voir Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 349. À cet égard, la jurisprudence britannique a établi des distinctions subtiles entre l'auteur d'un crime au premier degré et l'auteur d'un crime au deuxième degré et entre le complice avant le fait et le complice après le fait. Toutefois, la formulation générale de l'art. 21 rend inutile et inapproprié l'examen de ces distinctions subtiles. Voir *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 693, citant l'arrêt *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489, à la p. 493, ainsi que Alan W. Mewett et Morris Manning, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 43. Ce qu'il faut déterminer c'est le sens des mots «quiconque cause la mort» employés au par. 214(5).

#### *Historique du par. 214(5) et texte actuel*

L'appelant a fait valoir, en s'appuyant sur les motifs du jugement minoritaire en Cour d'appel, que l'historique législatif du par. 214(5) force à interpréter l'expression «cause la mort» de manière extrêmement restrictive. Il prétend que ce paragraphe ne s'applique qu'à la personne qui, sur

cally occasions the death of the victim. This reasoning is based upon the amendments resulting from the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 4. That legislation changed the relevant wording of the section from "by his own act caused or assisted in causing the death" to "when the death is caused by that person," the wording which is still found in the current section. From this, it is argued that, since the new wording does not include "assisted", those who were simply parties to the murder could not be included. With respect I cannot accept that position.

The difficulties caused by such an interpretation can be readily appreciated when the old and new wording is juxtaposed:

Old — "by his own act caused or assisted in causing the death"

New — "when the death is caused by that person".

It can be seen that Parliament deleted both the words "his own act" and "caused or assisted in causing" and replaced them simply with the word "caused". That single word is, in my view, broad enough to include both perpetrators and those who assist in the murder and come within the purview of the substantial cause test I will set out later. Perhaps the error of the minority came about as a result of emphasizing the repeal of the words "assisted in causing" but leaving in, for purposes of interpretation, the old phrase "by his own act". This results in an interpretation of s. 214(5) as though it read "when death is caused by his own act" to the exclusion of the acts of other parties. On its face, the use of the wording "by that person" in the last version of the section cannot, in my view, have the same limiting effect as the previous formulation "by his own act".

On the other hand, the Crown contends that the phrase in s. 214(5) "when the death is caused by that person" is no more than an adoption by reference of the wording of s. 212(a) (now s. 229(a)) and not a distinct causation requirement. That pro-

le plan diagnostique, cause la mort de la victime. Ce raisonnement se fonde sur les modifications apportées par la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 4: Cette loi a supprimé, en français, dans le passage pertinent de l'article, les mots «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort», lesquels sont maintenant remplacés dans la disposition actuelle par les mots «lorsque la mort est causée par cette personne». Partant, on soutient que celui qui n'est qu'un participant au meurtre ne saurait être visé étant donné que le nouveau texte n'emploie pas le mot «aidé». En toute déférence, je ne saurais partager ce point de vue.

Les difficultés que soulève une telle interprétation ressortent mieux lorsqu'on juxtapose l'ancien et le nouveau textes:

L'ancien — «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort»

Le nouveau — «lorsque la mort est causée par cette personne»

On peut constater que le Parlement a supprimé les termes «par son propre fait» et «a causé ou aidé à causer» et les a remplacés tout simplement par l'expression «est causée». Cette expression a une portée suffisamment générale, selon moi, pour viser tant l'auteur du meurtre que celui qui aide à le perpétrer et auquel s'applique le critère de la cause substantielle, que je vais énoncer plus loin. Il se peut que l'erreur du juge dissident résulte de ce qu'il a insisté sur la suppression des mots «aidé à causer» tout en conservant, à des fins d'interprétation, l'ancienne expression «par son propre fait». Il s'ensuit qu'on interprète le par. 214(5) comme s'il se lisait «cause la mort par son propre fait», à l'exclusion des actes d'autres parties. De prime abord, l'emploi des mots «par cette personne», dans la dernière version, ne saurait, selon moi, avoir le même effet restrictif que la formulation antérieure «par son propre fait».

Par ailleurs, le ministère public prétend que les mots «quiconque cause la mort», au par. 214(5), ne sont rien de plus que l'adoption par renvoi du texte de l'al. 212a) (maintenant l'al. 229a)), et non une exigence distincte de lien de causalité. Cet alinéa

vision states that culpable homicide is murder "where the person who causes the death of a human being" means to cause his death. (Emphasis added.) Neither can I accept that position. If Parliament had wished to accomplish this result it could have stated that murder was to be first degree murder "when the murder is committed by that person while committing" an offence of domination. Instead it reiterated a causation requirement within s. 214(5) and effect must be given to that additional phrase.

It is appropriate to review the terminology used in the *Criminal Code's* homicide provisions. It is not easy to understand the structure of these provisions. It will be seen that they are not completely consistent. With appropriate editing for this case they read as follows:

**205.** (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

**212.** Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death . . .

**214.** . . .

(3) Without limiting the generality of subsection (2) [planned and deliberate], murder is planned and deliberate when it is committed pursuant to an arrangement under which money or anything of value passes or is intended to pass from one person to another, or is promised by one person to another, as consideration for that other's causing or assisting in causing the death of anyone or counselling or procuring another person to do any act causing or assisting in causing that death.

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(b) section 246.1 (sexual assault);

prévoit que l'homicide coupable est un meurtre «lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain» à l'intention de causer sa mort. (Je souligne.) Je ne saurais non plus accepter ce point de vue. Si le Parlement avait voulu qu'il en soit ainsi, il aurait pu dire qu'un meurtre est un meurtre au premier degré «lorsque ce meurtre est perpétré par cette personne en commettant» une infraction comportant domination. Il a plutôt réitéré l'exigence d'un lien de causalité au par. 214(5), et il faut mettre à exécution ces mots additionnels.

Il convient d'examiner la terminologie employée dans les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide. Il n'est pas facile de comprendre la manière dont ces dispositions sont organisées. On constatera qu'elles ne sont pas complètement cohérentes. En les présentant de manière appropriée pour les fins de la présente affaire, en voici le texte:

**205.** (1) Commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

**212.** L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort . . .

**214.** . . .

(3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2) [avec préméditation], est assimilé au meurtre au premier degré quant aux parties intéressées, le meurtre commis à la suite d'une entente dont la contrepartie matérielle, notamment financière, était proposée ou promise en vue d'en encourager la perpétration ou la complicité par assistance, incitation ou fourniture de conseils.

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

b) article 246.1 (agression sexuelle);

(c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or

(e) section 247 (kidnapping and forcible confinement). [Emphasis added.]

These sections appear to set out three levels of causation which are in addition to the special causation rules set out in ss. 204 to 211 (now ss. 221 to 228). In the general homicide definition, indirect causes are specifically included. However, they disappear in the murder and first degree murder definitions contained in ss. 212(a) and 214(5) (now ss. 229(a) and 231(5)). Yet effect must be given to the words "causing or assisting in causing the death" as they appear in s. 214(3).

The place and role of each section within the legislative scheme is therefore vital to a determination of the causation that is required for each of the homicide offences.

#### *Case Law on the Section*

There is an extensive jurisprudence that deals with the interpretation of what is now s. 231(5). The Crown placed particular emphasis on *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, in arguing that there was no special causation requirement for s. 214(5).

#### Effect of *Kirkness*

In *R. v. Kirkness*, two accused men broke into the home of an elderly woman with the aim of burglarizing it. *Kirkness*' co-accused sexually assaulted and eventually killed the victim. Both were charged with first degree murder on the grounds that the killing was planned and deliberate. *Kirkness* was acquitted while his co-accused was found guilty of first degree murder. The debate over s. 214(5) arose when the Manitoba Court of Appeal set aside the acquittal and directed a new trial of *Kirkness* on a charge of manslaughter-

c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles);

d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou

e) article 247 (enlèvement et séquestration). [Je souligne.]

Ces dispositions semblent énoncer trois niveaux de causalité qui s'ajoutent aux règles particulières en matière de causalité, établies aux art. 204 à 211 (maintenant les art. 221 à 228). Dans la définition générale de l'homicide, les causes indirectes sont expressément incluses. Toutefois, elles disparaissent dans les définitions du meurtre et du meurtre au premier degré figurant à l'al. 212a) et au par. 214(5) (maintenant l'al. 229a) et le par. 231(5)) respectivement. Pourtant, il y a lieu de mettre à exécution les mots «la perpétration ou la complicité par assistance» qui sont employés au par. 214(3).

La place et le rôle de chaque disposition du régime législatif sont donc cruciaux pour déterminer le lien de causalité requis pour chacune des infractions d'homicide.

#### *Jurisprudence relative à la disposition en cause*

Il existe une jurisprudence abondante concernant l'interprétation de ce qui constitue maintenant le par. 231(5). Le ministère public a insisté particulièrement sur l'arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, en faisant valoir qu'il n'y avait aucune exigence particulière de causalité pour le par. 214(5).

#### Effet de l'arrêt *Kirkness*

Dans l'affaire *R. c. Kirkness*, les deux accusés s'étaient introduits par effraction dans la maison d'une dame âgée dans le but de la cambrioler. Le coaccusé de *Kirkness* avait agressé sexuellement la victime et fini par l'assassiner. Les deux hommes ont été accusés de meurtre au premier degré pour le motif que le meurtre avait été prémédité. *Kirkness* a été acquitté tandis que le coaccusé a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. La controverse relative au par. 214(5) a pris naissance lorsque la Cour d'appel du Manitoba a annulé le

ter. They did so on the basis that the single transaction principle which was set out by this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, was pertinent in considering Kirkness' potential liability for manslaughter and that the jury should have been instructed in that manner.

In this Court, the acquittal of Kirkness was restored and it was held that the transaction based analysis set out in *Paré* was limited to assessing liability under s. 214(5) and had no application to the offence of manslaughter. In the course of the reasons I stated at pp. 86-87:

The decision in *Paré* reflects and clarifies that policy decision by concluding that where death ensues as part of a single ongoing transaction in the course of committing crimes involving domination, it will be considered to be first degree murder. The single transaction analysis utilized in *Paré* requires that the Crown first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences before s. 214(5) could be applied. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. This approach cannot be utilized in the context of manslaughter because there is no classification of that offence contained in the *Code*. It follows that the *Paré* analysis should be restricted to the classification of murder. [Emphasis added.]

The Crown has argued that this portion of the reasons indicates that an accused may be found guilty of first degree murder in all cases where he was a party in any way to both the murder and the underlying offence. I cannot accept that contention. *Kirkness* was primarily concerned with the meaning to be given to the words "while committing" in s. 214(5) and what application they might have when the charge was manslaughter and not murder. The case was not concerned with the phrase

verdict d'acquiescement et ordonné que Kirkness subisse un nouveau procès relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Elle l'a fait pour le motif que le principe de l'affaire unique, établi par notre Cour dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, était pertinent pour examiner si Kirkness pouvait être responsable d'homicide involontaire coupable, et que le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Notre Cour a rétabli le verdict d'acquiescement de Kirkness et statué que l'analyse fondée sur l'affaire unique, énoncée dans l'arrêt *Paré*, devait être limitée à la détermination de la responsabilité aux termes du par. 214(5) et ne s'appliquait nullement à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Dans les motifs que j'ai rédigés dans cette affaire, j'affirme, aux pp. 86 et 87:

L'arrêt *Paré* traduit et clarifie cette décision de principe en concluant que, lorsque le décès survient dans le cadre d'une affaire unique continue, au cours de la perpétration de crimes supposant la domination, il sera considéré comme un meurtre au premier degré. L'analyse fondée sur l'affaire unique, utilisée dans l'arrêt *Paré*, exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions avant que le par. 214(5) puisse s'appliquer. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. Cette méthode ne peut être utilisée dans le contexte de l'homicide involontaire coupable parce que le *Code* ne crée pas de catégories à l'égard de cette infraction. Il en découle que l'analyse utilisée dans l'arrêt *Paré* devrait se limiter à établir la catégorie de meurtre. [Je souligne.]

Le ministère public a soutenu que cette partie des motifs indique qu'un accusé peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré dans tous les cas où il est partie, de quelque manière, au meurtre et à l'infraction sous-jacente. Je ne puis accepter cet argument. L'arrêt *Kirkness* portait principalement sur le sens des mots «en commettant» qui sont employés au par. 214(5) et sur l'application qu'ils pourraient avoir lorsque l'accusation en serait une d'homicide involontaire coupable et non

“caused by that person”. Indeed no argument was submitted as to the meaning of that phrase. Thus the decision in *Kirkness* is not of assistance in resolving the issue presented in this case.

### Earlier Cases

In *R. v. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187 (Ont. C.A.), two accused were charged with capital murder. They robbed the victim and then pushed him down an embankment into a creek where he drowned. The section of the *Code* then in force, s. 202A(2)(b)(i), added by S.C. 1960-61, c. 44, s. 1, provided that an accused could be found guilty of capital murder where he “by his own act caused or assisted in causing the bodily harm from which the death ensued”. The trial judge instructed the jury that if either accused had caused bodily harm, then both could be liable for capital murder through the operation of the party provisions contained in s. 21.

In the Court of Appeal, the majority were concerned that a person who had no subjective intention to kill the victim could nonetheless be convicted of capital murder under the combined effect of the murder and party sections of the *Criminal Code*. This they considered unacceptable. By the use of the party section, particularly s. 21(2), it was possible to convict an accused person of murder based upon objective foresight alone. It is not surprising therefore that the dangers involved in the use of s. 21(2) were specifically alluded to in *R. v. Black and Mackie* as a basis for justifying a restrictive approach to causation in capital murder. As a result, the majority of the court concluded that capital murder should not have been left with a jury. On the other hand, the minority would have found both accused guilty of capital murder because they

de meurtre. L'affaire ne portait pas sur l'expression «quiconque cause». En fait, aucun argument n'a été présenté concernant le sens de cette expression. Ainsi, l'arrêt *Kirkness* n'est d'aucune utilité pour résoudre la question en litige dans la présente affaire.

### Affaires antérieures

Dans *R. c. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187 (C.A. Ont.), deux accusés étaient inculpés de meurtre qualifié. Ils avaient volé la victime, puis l'avait poussée en bas d'un talus, dans un ruisseau, où elle était morte noyée. La disposition du *Code* alors en vigueur, le sous-al. 202A(2)(b)(i), ajouté par S.C. 1960-61, ch. 44, art. 1, prévoyait qu'un accusé pouvait être reconnu coupable de meurtre qualifié lorsqu'il avait «par son propre fait, [. . .] causé ou aidé à causer la blessure corporelle et que la mort en [avait] résulté». Dans ses directives au jury, le juge du procès a affirmé que si l'un ou l'autre des accusés avait causé une blessure corporelle, les deux pouvaient alors être déclarés coupables de meurtre qualifié en application des dispositions relatives aux participants à une infraction, contenues à l'art. 21.

En Cour d'appel, les juges formant la majorité se sont inquiétés du fait qu'une personne qui n'avait pas l'intention subjective de tuer la victime pouvait néanmoins être déclarée coupable de meurtre qualifié en vertu de l'effet conjugué des dispositions du *Code criminel* relatives au meurtre et aux participants à une infraction. Cela leur a paru inadmissible. En recourant aux dispositions relatives aux participants à une infraction, plus particulièrement le par. 21(2), on pouvait déclarer l'accusé coupable de meurtre en se fondant sur la prévision objective seulement. Il n'est donc pas étonnant que, dans *R. c. Black and Mackie*, on ait fait allusion aux risques liés à l'application du par. 21(2) comme un motif justifiant une interprétation restrictive du lien de causalité dans le cas d'un meurtre qualifié. En conséquence, la cour à la majorité a conclu que la question du meurtre qualifié n'aurait pas dû être laissée à l'appréciation d'un jury. Par contre, la cour à la minorité aurait reconnu les deux accusés coupables de meurtre



had both assaulted the victim and were thus both principal actors in his death.

This same concern expressed by the majority about the possible inclusion of parties within the first degree murder provision was referred to by Anderson J. in *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (B.C.S.C), at p. 329, on a motion for a directed verdict. The jury acquittal was later confirmed by the Court of Appeal (1979), 19 C.R. (3d) 272.

In *R. v. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146 (Ont. H.C.), Newstead, a woman, knocked on the door and gained access to a house. Once inside, her accomplice Dollan shot the two occupants, mortally wounding one of them. The victims and their grandchildren were tied up by Newstead on instructions from Dollan. They both then left the house. At a pre-trial motion, DuPont J. ruled that in so far as Newstead was concerned, the first degree murder section could not be left to the jury. He adopted a test of physical causation and held that the party provisions did not apply because the deletion of the words "assisted in causing" in s. 214(5) indicated that secondary parties could not come within the scope of the section. His position was confirmed by the Court of Appeal. See (1982), 65 C.C.C. (2d) 240 (Ont. C.A.).

The same reasoning was adopted in *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220 (Ont. C.A.). In view of the possibility of convicting persons of first degree murder although they lacked any intent to kill, it is not surprising that there was an appropriate limitation of the reach of the section. See also other Ontario decisions of the time: *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, and *R. v. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266.

qualifié parce que ceux-ci avaient tous deux agressé la victime et étaient donc tous les deux les principaux artisans de sa mort.

Dans *R. c. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.), à la p. 329, le juge Anderson a mentionné, en statuant sur une requête en verdict imposé, la même préoccupation exprimée par la cour à la majorité concernant la possibilité que la disposition relative au meurtre au premier degré vise également les participants. La Cour d'appel (1979), 19 C.R. (3d) 272, a, par la suite, confirmé le verdict d'acquiescement prononcé par le jury.

Dans *R. c. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146 (H.C. Ont.), Newstead était entrée dans une demeure après avoir cogné à la porte. Une fois à l'intérieur, son complice Dollan avait fait feu sur les deux occupants, en blessant un mortellement. Les victimes et leurs petits-enfants avaient été ligotés par Newstead sur l'ordre de Dollan. Les deux avaient ensuite quitté les lieux. À la suite d'une requête préliminaire, le juge DuPont a décidé qu'en ce qui concernait Newstead la disposition relative au meurtre au premier degré n'aurait pas dû être laissée à l'appréciation du jury. Il a adopté un critère de cause matérielle de la mort et conclu que les dispositions relatives aux participants à une infraction ne s'appliquaient pas du fait que la suppression des mots «aidé à causer», dans le par. 214(5), indiquait que les participants secondaires ne pouvaient être visés par cette disposition. La Cour d'appel a confirmé son point de vue à cet égard. Voir (1982), 65 C.C.C. (2d) 240 (C.A. Ont.).

Le même raisonnement a été adopté dans *R. c. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220 (C.A. Ont.). Étant donné la possibilité de déclarer une personne coupable de meurtre au premier degré même si elle n'a pas eu l'intention de tuer, il n'est pas étonnant que la disposition ait fait l'objet d'une restriction appropriée quant à sa portée. Voir également d'autres décisions ontariennes rendues à l'époque: *R. c. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, et *R. c. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266.

Many if not all of the concerns expressed by the courts in the earlier cases have been eliminated by recent decisions of this Court. The concern that first degree murder should not apply to s. 21(2) parties to a murder who lacked any subjective foresight of death has been resolved by *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, and *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731. The unlawful object and felony murder provisions, another source of concern, were struck down or rendered moribund in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. Thus the danger of an accused's becoming subject to a first degree murder sentence in the absence of subjective blameworthiness has effectively disappeared. The earlier cases were primarily concerned with the harshness that would arise from applying a broad causation rule to parties to an offence. In my view, that cause for concern no longer exists.

The question which does arise is precisely what causal effect is required by the phrase "death . . . caused by that person." I think with respect, that the physically caused test advocated by the majority of the Court of Appeal is too restrictive. It would tend to raise the same impractical distinctions that Wilson J. warned against in *R. v. Paré*, *supra*, at p. 631, when she considered the phrase "while committing". She held that no sensible distinction existed between an accused who strangled his or her victim during the act of sexual assault and an accused who sexually assaulted and then shortly thereafter strangled the victim. In the case at bar, it would be unreasonable to suggest that, in order to be liable under s. 214(5), Harbottle must have pathologically caused the death of the victim by pulling one end of the brassiere strap while his co-accused pulled the other. I find it impossible to distinguish between the blameworthiness of an accused who holds the victim's legs thus allowing his co-accused to strangle her and the accused who performs the act of strangulation.

De récents arrêts de notre Cour ont dissipé un bon nombre, voire la totalité, des préoccupations exprimées par les tribunaux dans la jurisprudence antérieure. Dans *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, et *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, on a dissipé la préoccupation selon laquelle la disposition relative au meurtre au premier degré ne devrait pas s'appliquer aux participants à un meurtre, au sens du par. 21(2), qui n'avaient pas prévu subjectivement que la mort résulterait. Les dispositions relatives à la fin illégale et au meurtre concomitant d'une infraction majeure, qui constituaient une autre source de préoccupation, ont été invalidées ou rendues quasi inapplicables dans *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Ainsi, le risque qu'un accusé fasse l'objet d'une sentence de meurtre au premier degré, malgré l'absence, chez lui, de culpabilité subjective, a effectivement été écarté. Dans les affaires antérieures, on s'inquiétait principalement de la sévérité qui résulterait de l'application d'une règle générale de causalité aux participants à une infraction. Selon moi, cette source de préoccupation n'existe plus.

La question qui se pose est précisément de savoir quel effet causal requiert l'expression «quiconque cause la mort». En toute déférence, je crois que le critère de la cause matérielle, préconisé par la Cour d'appel à la majorité, est trop restrictif. Il tendrait à soulever les mêmes distinctions peu pratiques contre lesquelles le juge Wilson met en garde dans l'arrêt *R. c. Paré*, précité, à la p. 631, lorsqu'elle examine le mot «concomitant». Elle a conclu qu'il n'y avait aucune différence appréciable entre l'accusé qui étrangle sa victime pendant l'agression sexuelle et celui qui agresse sexuellement sa victime puis l'étrangle peu après. Dans la présente affaire, il serait déraisonnable de laisser entendre que, pour que sa responsabilité soit engagée en vertu du par. 214(5), Harbottle doit avoir, sur le plan pathologique, causé la mort de la victime en tirant une extrémité de la bande du soutien-gorge tandis que le coaccusé tirait l'autre. Il me semble impossible d'établir une distinction entre la culpabilité d'un accusé qui tient les jambes de la victime, permettant ainsi au coaccusé de l'étrangler, et celle de l'accusé qui procède à la strangulation.

*Object of the Section*

In order to provide the appropriate distinctions pertaining to causation that must exist for the different homicide offences, it is necessary to examine the sections in their context while taking into account their aim and object.

At the outset, it is important to remember that when s. 214(5) comes into play it is in essence a sentencing provision. First degree murder is an aggravated form of murder and not a distinct substantive offence. See *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124. It is only to be considered after the jury has concluded that the accused is guilty of murder by causing the death of the victim. An accused found guilty of second degree murder will receive a mandatory life sentence. What the jury must then determine is whether such aggravating circumstances exist that they justify ineligibility for parole for a quarter of a century. It is at this point that the requirement of causation set out in s. 214(5) comes into play. The gravity of the crime and the severity of the sentence both indicate that a substantial and high degree of blameworthiness, above and beyond that of murder, must be established in order to convict an accused of first degree murder.

*Substantial Cause Test*

Accordingly, I suggest a restrictive test of substantial cause should be applied under s. 214(5). That test will take into account the consequences of a conviction, the present wording of the section, its history and its aim to protect society from the most heinous murderers.

The consequences of a conviction for first degree murder and the wording of the section are such that the test of causation for s. 214(5) must be a strict one. In my view, an accused may only be convicted under the subsection if the Crown establishes that the accused has committed an act or series of acts which are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral

*Objet de la disposition*

Pour faire les distinctions qui conviennent quant au lien de causalité qui doit exister dans le cas des différentes infractions d'homicide, il est nécessaire d'examiner les dispositions dans leur contexte tout en tenant compte de l'objet qu'elles visent.

Tout d'abord, il importe de se rappeler que, lorsque le par. 214(5) entre en jeu, il s'agit essentiellement d'une disposition relative au prononcé de la sentence. Le meurtre au premier degré est une forme grave de meurtre et non une infraction matérielle précise distincte. Voir *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124. Cette disposition ne doit être prise en considération qu'après que le jury a reconnu l'accusé coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime. L'accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré se voit imposer une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Ce que le jury doit alors décider c'est s'il existe des circonstances aggravantes justifiant l'impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant un quart de siècle. C'est alors qu'entre en jeu l'exigence d'un lien de causalité énoncée au par. 214(5). La gravité du crime et la sévérité de la sentence indiquent tous les deux qu'il faut établir l'existence d'un degré substantiel et élevé de culpabilité, outre celle de meurtre, pour que l'accusé soit déclaré coupable de meurtre au premier degré.

*Critère de la cause substantielle*

J'estime donc qu'il y a lieu d'appliquer un critère restrictif de cause substantielle aux fins du par. 214(5). Ce critère tiendra compte des conséquences d'une déclaration de culpabilité, du texte actuel de la disposition, de son historique et de son objectif de protéger la société contre les meurtriers les plus odieux.

Les conséquences d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et le texte de la disposition sont tels que le critère de causalité applicable aux fins du par. 214(5) doit être strict. À mon avis, un accusé ne peut être déclaré coupable, en vertu de ce paragraphe, que si le ministère public prouve qu'il a accompli un acte ou une série d'actes d'une telle nature qu'ils doivent être consi-

cause of the death. A case which considered and applied a substantial cause test from Australia is *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (S.C. *in banco*). In that case, the victim was left beaten and unconscious by the sea and was drowned by the incoming tide. The court formulated the following test of causation, at p. 149, which I find apposite:

The question to be asked is whether an act or series of acts (in exceptional cases an omission or series of omissions) consciously performed by the accused is or are so connected with the event that it or they must be regarded as having a sufficiently substantial causal effect which subsisted up to the happening of the event, without being spent or without being in the eyes of the law sufficiently interrupted by some other act or event.

The substantial causation test requires that the accused play a very active role — usually a physical role — in the killing. Under s. 214(5), the actions of the accused must form an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. Obviously, this requirement is much higher than that described in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, which dealt with the offence of manslaughter. There it was held at p. 519 that sufficient causation existed where the actions of the accused were “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range”. That case demonstrates the distinctions in the degree of causation required for the different homicide offences.

The majority of the Court of Appeal below expressed the view that the acts of the accused must physically result in death. In most cases, to cause physically the death of the victim will undoubtedly be required to obtain a conviction under s. 214(5). However, while the intervening act of another will often mean that the accused is no longer the substantial cause of the death under s. 214(5), there will be instances where an accused could well be the substantial cause of the death without physically causing it. For example, if one accused with intent to kill locked the victim in a cupboard while the other set fire to that cupboard, then the accused who confined the victim might be

dérés comme une cause substantielle et essentielle du décès. Dans la décision *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (C.S. *in banco*), on pris en considération et appliqué un critère australien de la cause substantielle. Dans cette affaire, la victime, après avoir été battue, avait été abandonnée inconsciente au bord de la mer et avait péri noyée à la marée montante. La cour formule, à la p. 149, le critère de causalité suivant que je juge pertinent:

[TRADUCTION] La question à se poser est de savoir si un acte ou une série d'actes (exceptionnellement, une omission ou une série d'omissions) consciemment accomplis par l'accusé sont tellement liés à l'événement qu'ils doivent être considérés comme ayant un effet causal suffisamment substantiel qui a subsisté jusqu'à ce que l'événement survienne, sans qu'il y soit mis fin ou qu'il soit suffisamment interrompu, aux yeux de la loi, par quelque autre acte ou événement.

Le critère de la cause substantielle exige que l'accusé joue un rôle très actif — habituellement un rôle de nature physique — dans le meurtre. Aux fins du par. 214(5), les actes de l'accusé doivent constituer un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. De toute évidence, cette exigence est plus grande que celle décrite dans *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, où il était question d'homicide involontaire coupable. Dans cet arrêt, on a conclu, à la p. 519, qu'il existe un lien de causalité suffisant lorsque les actes de l'accusé ont «contribué à la mort, de façon plus que mineure». Cette affaire illustre les distinctions qui existent quant au lien de causalité requis pour les différentes infractions d'homicide.

En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité s'est dite d'avis que les actes de l'accusé devaient avoir matériellement entraîné la mort. Dans la plupart des cas, il sera indubitablement nécessaire que l'accusé ait matériellement causé la mort de la victime pour qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 214(5). Toutefois, même si l'intervention d'une autre personne signifiera souvent que l'accusé n'est plus la cause substantielle du décès aux fins du par. 214(5), il y aura des cas où un accusé pourrait bien être la cause substantielle de la mort sans l'avoir matériellement causée. Par exemple, si un accusé ayant l'intention de tuer avait enfermé la victime dans un placard pendant qu'une autre per-

found to have caused the death of the victim pursuant to the provisions of s. 214(5). Similarly an accused who fought off rescuers in order to allow his accomplice to complete the strangulation of the victim might also be found to have been a substantial cause of the death.

Therefore, an accused may be found guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5) if the Crown has established beyond a reasonable doubt that:

- (1) the accused was guilty of the underlying crime of domination or of attempting to commit that crime;
- (2) the accused was guilty of the murder of the victim;
- (3) the accused participated in the murder in such a manner that he was a substantial cause of the death of the victim;
- (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused no longer being substantially connected to the death of the victim; and
- (5) the crimes of domination and murder were part of the same transaction; that is to say, the death was caused while committing the offence of domination as part of the same series of events.

It would be appropriate to charge a jury in those terms.

#### Application of these Principles to this Case

The facts of this case clearly established that Harbottle was a substantial and an integral cause of the death of Elaine Bown. It will be remembered that Ross, who actually strangled the victim, weighed only 130 lb. and was about 5' 7" in height. Elaine Bown, although three inches shorter, was 10 lb. heavier. There was no indication in her blood of any alcohol or drugs so that it can be inferred that she was not impaired. Rather the bruising on her neck indicates she struggled valiantly. Indeed, it is apparent that even when her

sonne y mettait le feu, il serait possible de conclure que l'accusé qui a enfermé la victime a causé la mort de celle-ci, conformément au par. 214(5). De même, un accusé qui a repoussé les personnes qui voulaient secourir la victime, afin de permettre à son complice de finir de l'étrangler pourrait également être considéré comme ayant été une cause substantielle du décès.

Par conséquent, un accusé peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5), lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que:

- (1) l'accusé est coupable du crime sous-jacent comportant domination, ou d'une tentative de commettre ce crime,
- (2) l'accusé est coupable du meurtre de la victime,
- (3) l'accusé a participé au meurtre d'une telle manière qu'il a été une cause substantielle du décès de la victime,
- (4) il n'y a pas eu d'intervention d'une autre personne qui fait en sorte que l'accusé n'est plus substantiellement lié au décès de la victime, et
- (5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même opération, c'est-à-dire qu'on a causé la mort en commettant l'infraction comportant domination, dans le cadre de la même série d'événements.

Il serait opportun que les directives au jury soient données en ces termes.

#### Application de ces principes à la présente affaire

Il ressort clairement des faits de la présente espèce que Harbottle a été une cause substantielle et essentielle du décès d'Elaine Bown. On se souviendra que Ross, celui qui a effectivement étranglé la victime, ne pesait que 130 livres et mesurait environ cinq pieds et sept pouces. Elaine Bown mesurait trois pouces de moins et pesait 10 livres de plus. Les analyses n'ont pas révélé la présence de drogue ou d'alcool dans le sang de la victime de sorte qu'on peut déduire que ses facultés n'étaient pas affaiblies. Les contusions relevées sur

hands were bound, she successfully resisted the attempts of both Ross and Harbottle to cut her wrists. There is every reason to believe that, had it not been for Harbottle's holding her legs, she would have been able to resist the attempts to strangle her. In those circumstances, it is difficult to believe that Ross could have strangled her in the absence of the assistance of Harbottle.

The evidence adduced clearly established all the elements of the test. The appellant was guilty (1) of at least one enumerated offence of domination (forcible confinement); (2) he participated in and was found guilty of the murder; (3) his participation in the murder was such that he was a substantial and integral cause of the death of the victim; (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused's no longer being substantially connected to the death of the victim; and (5) the crimes of domination and murder were part of the same series of acts or transaction.

Further, after a careful review of the charge, I would agree with the majority of the Court of Appeal that the directions to the jury by the trial judge were eminently fair and adequately covered all the requisite elements of the offences of domination, murder and first degree murder.

#### Disposition

As the Court indicated at the conclusion of the hearing, the appeal must be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto, and Burstein & Paine, Toronto.*

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

le cou de la victime indiquent plutôt que cette dernière a opposé une résistance farouche. En fait, il appert que même si ses mains étaient attachées, elle a résisté avec succès aux tentatives de Ross et Harbottle de lui trancher les poignets. Il y a tout lieu de croire que, si Harbottle n'avait pas tenu les jambes de la victime, celle-ci aurait pu résister aux tentatives d'étranglement. Dans ces circonstances, il est difficile de croire que Ross aurait pu étrangler la victime sans l'aide de Harbottle.

Les éléments de preuve produits établissent clairement l'existence de tous les éléments du critère applicable. L'appelant était coupable 1) d'au moins une des infractions énumérées comportant domination (séquestration), 2) il a participé au meurtre dont il a par la suite été déclaré coupable, 3) sa participation au meurtre a été telle qu'il a été une cause substantielle et essentielle du décès de la victime, 4) il n'y a pas eu d'intervention d'une autre personne qui a fait en sorte que l'accusé n'était plus substantiellement lié au décès de la victime, et 5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même série d'actes ou de la même affaire.

En outre, après avoir examiné attentivement l'exposé au jury, je partage l'opinion de la Cour d'appel à la majorité selon laquelle les directives données au jury par le juge du procès étaient éminemment justes et ont porté adéquatement sur tous les éléments requis des infractions comportant domination, du meurtre et du meurtre au premier degré.

#### Dispositif

Comme la Cour l'a indiqué à la fin de l'audience, le pourvoi doit être rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto, et Burstein & Paine, Toronto.*

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



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

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



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1993 Vol. 3**

**3<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 3**

Cited as [1993] 3 S.C.R. 327-517

Renvoi [1993] 3 R.C.S. 327-517

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

### Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board) 327

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Works for general advantage of Canada — Works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy declared to be works for the general advantage of Canada — Validity and effect of declaration — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(c), 92A(1)(c) — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, preamble, s. 18.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Peace, order and good government — Atomic energy — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, s. 91 — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, s. 18.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

### Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)..... 327

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Ouvrages à l'avantage général du Canada — Sont déclarés à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique — Validité et effet de la déclaration — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(c), 92A(1)(c) — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, préambule, art. 18.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Paix, ordre et bon gouvernement — Énergie atomique — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 — Loi

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Morgentaler** ..... 463

Constitutional law — Distribution of powers — Abortion — Provincial legislation prohibiting abortions outside hospitals — Whether legislation *ultra vires* province as being in pith and substance criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

### **Slattery (Trustee of) v. Slattery** ..... 430

Income tax — Enforcement — Confidentiality — Evidence gained from Income Tax Act investigations protected unless required in proceedings relating to administration or enforcement of the Act — Taxpayer petitioned into bankruptcy by Revenue Canada — Trustee in bankruptcy seeking declaration that assets held by taxpayer's wife rightfully assets of bankrupt's estate — Testimony of Revenue Canada officials from income tax investigation admitted into evidence — Whether a civil action commenced by the trustee for a declaration that certain property belongs to the bankrupt's estate is a proceeding relating to the enforcement of the Income Tax Act — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 241(1)(a), (b), (c), (2)(a), (b), (3), (4)(c).

## SOMMAIRE (Fin)

sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, art. 18.

### **R. c. Morgentaler** ..... 463

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Avortement — Textes législatifs provinciaux interdisant les avortements en dehors des hôpitaux — Les textes législatifs échappent-ils à la compétence de la province parce que ressortissant, de par leur caractère véritable, au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

### **Slattery (Syndic de) c. Slattery** ..... 430

Impôt sur le revenu — Exécution — Confidentialité — La preuve obtenue dans le cadre d'enquêtes menées en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu ne peut être communiquée à moins d'être requise dans des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de cette loi — Revenu Canada a demandé la mise en faillite du contribuable — Le syndic de faillite a sollicité un jugement déclarant que certains biens détenus par l'épouse du contribuable failli faisaient en réalité partie de l'actif de ce dernier — Admission en preuve des témoignages de fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'enquête fiscale — Une action civile intentée par le syndic en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif du failli constitue-t-elle une poursuite ayant trait à l'exécution de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 241(1)(a), (b), (c), (2)(a), (b), (3), (4)(c).

**Ontario Hydro** *Appellant*

v.

**Ontario Labour Relations Board, Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees, Canadian Union of Public Employees — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000, Coalition to Stop the Certification of the Society on Behalf of Certain Employees, Tom Stevens, C. S. Stevenson, Michelle Morrissey-O’Ryan and George Orr** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for New Brunswick** *Interveners*

and between

**Canadian Union of Public Employees — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000** *Appellants*

v.

**Ontario Hydro, Ontario Labour Relations Board, Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees, Coalition to Stop the Certification of the Society on Behalf of Certain Employees, Tom Stevens, C. S. Stevenson, Michelle Morrissey-O’Ryan and George Orr** *Respondents*

**Ontario Hydro** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Commission des relations de travail de l’Ontario, Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees, Syndicat canadien de la fonction publique**  
<sup>b</sup> **— C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000, Coalition to Stop the Certification of the Society on Behalf of Certain Employees, Tom Stevens, C. S. Stevenson, Michelle Morrissey-O’Ryan et George Orr** *Intimés*

et

<sup>d</sup>

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

<sup>e</sup> et

**Le procureur général de l’Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général du Nouveau-Brunswick** *Intervenants*

et entre

<sup>g</sup>

**Syndicat canadien de la fonction publique — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000** *Appellants*

<sup>h</sup>

c.

<sup>i</sup> **Ontario Hydro, Commission des relations de travail de l’Ontario, Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees, Coalition to Stop the Certification of the Society on Behalf of Certain Employees, Tom Stevens, C. S. Stevenson, Michelle Morrissey-O’Ryan et George Orr** *Intimés*

and

**The Attorney General of  
Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Attorney General of Quebec and the  
Attorney General for New  
Brunswick** *Intervenors*

INDEXED AS: ONTARIO HYDRO v. ONTARIO (LABOUR  
RELATIONS BOARD)

File Nos: 22355, 22387.

1992: November 9; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Works for general advantage of Canada — Works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy declared to be works for the general advantage of Canada — Validity and effect of declaration — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(c), 92A(1)(c) — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, preamble, s. 18.*

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Peace, order and good government — Atomic energy — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, s. 91 — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, s. 18.*

Ontario Hydro, a provincially owned corporation, produces electric power through electrical generating stations, five of which are nuclear generating stations. These stations fall within the ambit of s. 18 of the federal *Atomic Energy Control Act*, which provides that all works and undertakings “constructed for the production, use and application of atomic energy” are works for the

et

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

a

et

**Le procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec et le  
procureur général du Nouveau-  
Brunswick** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO HYDRO c. ONTARIO  
(COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL)

N<sup>os</sup> du greffe: 22355, 22387.

1992: 9 novembre; 1993: 30 septembre.

d

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

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

e

*Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Ouvrages à l'avantage général du Canada — Sont déclarés à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique — Validité et effet de la déclaration — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)c, 92A(1)c — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, préambule, art. 18.*

h

*Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Paix, ordre et bon gouvernement — Énergie atomique — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, art. 18.*

i

Ontario Hydro, une société appartenant à la province d'Ontario, produit de l'énergie électrique grâce à des centrales dont cinq centrales nucléaires. Ces centrales sont visées par l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* fédérale, qui prévoit que les ouvrages et entreprises «destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique» sont des

general advantage of Canada. Each of Ontario Hydro's nuclear reactors is covered by a licence issued pursuant to regulations made under the Act. The respondent Society applied for certification pursuant to the Ontario *Labour Relations Act* as exclusive bargaining agent for a unit of employees of Ontario Hydro, including those employed at the nuclear plants. The respondent Coalition challenged the application on the ground that the employees who worked at the nuclear generating stations fell within the jurisdiction of the *Canada Labour Code*. The Coalition claimed that the declaration in s. 18 of the Act, combined with ss. 91(29) and 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*, brought Ontario Hydro's nuclear generating stations within exclusive federal jurisdiction with respect to labour relations. The Ontario Labour Relations Board found that it had no jurisdiction to deal with the proposed unit since it included employees who worked at the nuclear facilities and were governed by the *Canada Labour Code*. The Ontario Divisional Court quashed the Board's decision. A majority of the Ontario Court of Appeal set aside the judgment of the Divisional Court and reinstated the Board's decision.

*Held* (Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeals should be dismissed. The *Canada Labour Code* applies to employees of Ontario Hydro who are employed on or in connection with those nuclear facilities that come under s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.*: Section 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* authorizes Parliament to declare local works to be for the general advantage of Canada. When such a declaration is made, any work subject to the declaration falls, by virtue of s. 91(29), within the legislative jurisdiction of Parliament as if such work was expressly enumerated in s. 91. The legislative jurisdiction conferred over a declared work refers to the work as a going concern or functioning unit, which involves control over its operation and management. Labour relations are vital parts of the operation of a work and an integral part of Parliament's exclusive powers to legislate in relation to declared works. A province has power by general legislation to affect the operation of a declared work, but it cannot legislate respecting that work *qua* work. Legislation governing labour relations on such works is legislation in relation to that work and therefore falls outside provincial legislative competence. The current goals of labour relations have nothing to do with the source of the legislative power. Finally, it is unnecessary to con-

ouvrages à l'avantage général du Canada. Chacun des réacteurs nucléaires d'Ontario Hydro est visé par un permis délivré conformément au règlement pris en application de la Loi. La Société intimée s'est fondée sur la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario pour présenter une demande d'accréditation comme agent négociateur exclusif d'une unité d'employés d'Ontario Hydro, dont ceux des centrales nucléaires. La Coalition intimée a contesté cette demande d'accréditation pour le motif que les employés des centrales nucléaires étaient régis par le *Code canadien du travail*. La Coalition a soutenu que la déclaration de l'art. 18 de la Loi, conjuguée au par. 91(29) et à l'al. 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avait pour effet d'assujettir les centrales nucléaires d'Ontario Hydro à la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail. La Commission des relations de travail de l'Ontario a statué qu'elle n'avait pas compétence relativement à l'unité de négociation proposée parce que celle-ci comprenait des employés qui travaillaient dans les centrales nucléaires et qui étaient régis par le *Code canadien du travail*. La Cour divisionnaire de l'Ontario a annulé la décision de la Commission. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a annulé la décision de la Cour divisionnaire et rétabli la décision de la Commission.

*Arrêt* (les juges Sopinka, Cory et Iacobucci sont dissidents): Les pourvois sont rejetés. Le *Code canadien du travail* s'applique aux employés d'Ontario Hydro qui travaillent dans le cadre des établissements nucléaires visés par l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'alinéa 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement à déclarer que des ouvrages d'une nature locale sont à l'avantage général du Canada. Tout ouvrage visé par une telle déclaration relève, en vertu du par. 91(29), de la compétence législative du Parlement, tout comme si l'ouvrage qui en fait l'objet se trouvait expressément énuméré à l'art. 91. La compétence législative sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada vise l'ouvrage en tant qu'affaire en marche ou unité de fonctionnement, ce qui comprend le contrôle exercé sur son exploitation et sa gestion. Les relations de travail constituent une partie essentielle de l'exploitation d'un ouvrage et font partie intégrante de la compétence exclusive que possède le Parlement pour légiférer relativement aux ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada. Les lois d'application générale habilite une province à influencer sur l'exploitation d'un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada, mais la province ne peut légiférer relativement à l'ouvrage en tant qu'ouvrage. Les lois régissant les relations de travail au

sider the possible difference in scope between “undertakings” and “works” for the purposes of the various items in s. 92(10). A work under s. 92(10)(c) means a work as a going concern, and to manage that going concern Parliament must have power to regulate the labour relations between management and labour engaged in operating the work. There is thus no logical or practical difference in the need for control of the labour relations in the management of an undertaking and in the management of a work.

The declaratory power should not be narrowly construed to conform to theoretical principles of federalism. The Constitution must be read as it is, and it expressly provides for the transfer of provincial powers to the federal Parliament over works declared to be for the general advantage of Canada. Further, in this case, the preamble of the *Atomic Energy Control Act* does not restrict the federal power to safety and security considerations only. While the preamble may set forth the purpose for which Parliament declared works for the development of atomic energy to be for the general advantage and may give at times some clue as to what works were intended to be covered by the declaration, once a work falls within the ambit of a declaration, the legislative power flowing therefrom is governed by the Constitution.

Section 92A(1)(c) in the *Constitution Act, 1867* does not affect Parliament’s authority to legislate with respect to nuclear electrical generating stations. Section 92(10)(c) extends to works created under other headings in s. 92, and s. 92A is not different in that respect. The danger to provincial autonomy over the generation of electrical energy lay in the possible transformation of these enterprises into purely federal undertakings under s. 92(10)(a) by reason of their connection or extension beyond the province. Section 92A ensures the management by the provinces, including the regulation of labour relations, of the sites and facilities for the generation and production of electrical energy that might otherwise be threatened by s. 92(10)(a). But it was not meant to interfere with the paramount power vested in Parliament by virtue of the declaratory power (or for that matter Parliament’s general power to legislate for the peace, order and good government of Canada) over

sein de ces ouvrages sont des lois relatives à cet ouvrage et ne relèvent donc pas de la compétence provinciale. Les objectifs actuels des relations de travail n’ont rien à voir avec la source de la compétence législative. Enfin, il n’est pas nécessaire d’examiner la différence possible, sur le plan de leur portée, entre les termes «entreprises» et «ouvrages» pour les fins des divers sujets énumérés au par. 92(10). Un ouvrage au sens de l’al. 92(10)(c) signifie un ouvrage en tant qu’affaire en marche et, pour gérer cette affaire en marche, le Parlement doit avoir le pouvoir de légiférer sur les relations de travail entre la direction et les employés qui exploitent l’ouvrage. Il n’existe, en conséquence, aucune différence logique ou pratique en ce qui concerne la nécessité de contrôler les relations de travail dans le cadre de la gestion d’une entreprise et celle de le faire dans le cadre de la gestion d’un ouvrage.

Le pouvoir déclaratoire ne devrait pas être interprété restrictivement de manière à être conforme aux principes théoriques du fédéralisme. La Constitution doit être interprétée telle qu’elle est et elle prévoit expressément le transfert au Parlement fédéral de la compétence provinciale sur les ouvrages déclarés à l’avantage général du Canada. De plus, dans le présent pourvoi, le préambule de la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique* ne limite pas la compétence fédérale à des considérations de santé et de sécurité seulement. Bien que le préambule puisse énoncer le but dans lequel le Parlement a déclaré à l’avantage général du Canada des ouvrages destinés à la production d’énergie atomique, et qu’il puisse parfois donner des indices quant aux ouvrages qu’on a voulu viser par la déclaration, dès qu’un ouvrage est visé par une déclaration, c’est la Constitution qui régit la compétence législative qui en découle.

L’alinéa 92A(1)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne modifie pas la compétence qu’a le Parlement pour légiférer relativement aux centrales nucléaires. L’alinéa 92(10)(c) vise les ouvrages créés en vertu d’autres chefs de l’art. 92 et l’art. 92A n’est pas différent à cet égard. Le danger pour l’autonomie provinciale en matière de production d’énergie électrique réside dans la possibilité que ces entreprises deviennent des entreprises purement fédérales, au sens de l’al. 92(10)(a), du fait de leur raccordement ou de leur extension au-delà des limites de la province. L’article 92A garantit aux provinces la gestion des emplacements et des installations destinés à la production d’énergie électrique, y compris la réglementation des relations de travail, qui pourraient par ailleurs être menacés par l’al. 92(10)(a). Toutefois, cette disposition ne visait pas à empiéter sur la compétence prépondérante dont jouit le Parlement en vertu de son pouvoir déclaratoire (ou, quant à cela, de son pouvoir de légifé-

“[a]ll works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy”.

Parliament’s exclusive jurisdiction over nuclear electrical generating stations is also founded on its power to legislate over matters of national concern under the peace, order and good government clause in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. There is no doubt that the production, use and application of atomic energy constitute a matter of national concern, which is predominantly extra-provincial and international in character and implications, and possesses sufficiently distinct and separate characteristics to make it subject to Parliament’s residual power. What was said in the context of a work subject to the declaratory power applies equally to a work over which Parliament has jurisdiction under its general power in relation to matters of national concern. Labour relations are an integral part of that jurisdiction.

Ontario Hydro was not immune from the operation of the *Canada Labour Code* on the basis that it was a provincial instrumentality set up to advance provincial purposes.

*Per Lamer C.J.*: The federal legislative jurisdiction over works such as nuclear generating stations, whether it arises pursuant to Parliament’s declaratory power under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* or pursuant to Parliament’s power under s. 91 of that Act to make laws for the peace, order and good government of Canada (the “p.o.g.g.” power), must be carefully described to respect and give effect to the division of legislative authority. Accordingly, Parliament’s jurisdiction over a declared work must be limited so as to respect the powers of the provincial legislatures while remaining consistent with the appropriate recognition of the federal interests involved. The p.o.g.g. power is similarly subject to balancing federal principles, limiting in this case the p.o.g.g. jurisdiction to the national concern aspects of atomic energy (namely, the fact of nuclear production and its safety concerns).

The power to regulate the labour relations of Ontario Hydro’s employees involved in the production of nuclear energy is an integral and essential part of Parlia-

rer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada) sur les «ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l’énergie atomique».

<sup>a</sup> La compétence exclusive du Parlement sur les centrales nucléaires repose également sur le pouvoir qu’il a de légiférer sur des questions d’intérêt national, en vertu de la clause relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement contenue à l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n’y a pas de doute que la production, les applications et les usages de l’énergie atomique constituent une question d’intérêt national, dont le caractère et les répercussions sont principalement extra-provinciales et internationales, et dont les caractéristiques sont suffisamment distinctes pour justifier l’exercice du pouvoir résiduel fédéral. Ce qui a été dit dans le contexte d’un ouvrage assujéti au pouvoir déclaratoire s’applique également à un ouvrage sur lequel le Parlement a compétence en vertu de sa compétence générale à l’égard des questions d’intérêt national. Les relations de travail font partie intégrante de cette compétence.

<sup>e</sup> Ontario Hydro n’échappe pas à l’application du *Code canadien du travail* pour le motif qu’elle est un instrument provincial établi pour promouvoir des fins provinciales.

<sup>f</sup> *Le juge en chef Lamer*: La compétence législative fédérale sur des ouvrages comme les centrales nucléaires doit être soigneusement décrite de façon à respecter et à mettre en œuvre le partage des compétences législatives, peu importe qu’elle découle du pouvoir déclaratoire dont jouit le Parlement en vertu de l’al. 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou du pouvoir que l’art. 91 confère au Parlement de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement (la «compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement»). En conséquence, la compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l’avantage général du Canada doit être restreinte de façon à respecter les pouvoirs des législatures provinciales, tout en demeurant compatible avec la reconnaissance appropriée des intérêts fédéraux en cause. La compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement est également assujétiée aux principes de fédéralisme relatifs au maintien d’un équilibre, ce qui a pour effet, en l’espèce, de limiter la compétence fédérale en cette matière aux dimensions d’intérêt national de l’énergie atomique (soit la production d’énergie nucléaire et les questions de sécurité qui s’y rattachent).

<sup>j</sup> Le pouvoir de réglementer les relations de travail des employés d’Ontario Hydro qui participent à la production d’énergie nucléaire constitue une partie intégrante

ment's declaratory and p.o.g.g. jurisdictions. Parliament's interest as set out in the preamble of the *Atomic Energy Control Act* to control and supervise the application and use of atomic energy reveals its interest in regulating labour relations matters at nuclear facilities. This compelling interest is made clear by the Act's regulations dealing with health, safety and security, which include a strong employment and labour relations component, and by the conditions of the licences. While none of the regulations seek to regulate the collective bargaining process, or refer explicitly to terms or conditions which must be included in collective agreements, the matters of concern to management and labour in drafting and negotiating a collective agreement are reflected in the regulations. The federal interest in the employees working on or in connection with facilities for the production of nuclear energy extends where those employees are unionized to the labour relations regime which governs the relationship between the employer and the employees, through their bargaining agent. On the international level, there is also a consistent recognition that supervising employment on or in connection with facilities for the production of nuclear energy is an integral part of assuring the safety of nuclear facilities and materials.

Further, Parliament's declaratory jurisdiction under s. 92(10)(c) extends not only to the work but also to the integrated activity carried on therein. No convincing distinction can be drawn between what is called the "undertaking" of the work and the "integrated activities related to" that work. The jurisdiction to regulate a work and its related integrated activity *prima facie* includes jurisdiction to make laws respecting its labour relations. Here, the employees involved in the production of nuclear energy at Ontario Hydro's nuclear facilities clearly fall within Parliament's jurisdiction over labour relations. Their "normal or habitual activities" are intimately related to the federal interest in nuclear energy, since the extent of the federal government's interest in nuclear power production is its interest in health, safety and security, matters completely within the daily control of those operating nuclear facilities. The provincial trappings of Ontario Hydro's nuclear facilities should not mask their essentially federal operational nature.

et essentielle du pouvoir déclaratoire du Parlement et de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. L'intérêt, énoncé dans le préambule de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, qu'a le Parlement dans le contrôle et la surveillance des applications et usages de l'énergie atomique révèle l'intérêt qu'il a dans la réglementation des questions de relations de travail au sein des établissements nucléaires. Cet intérêt impérieux ressort clairement des conditions des permis et du règlement d'application de la Loi qui a trait à la santé et à la sécurité et dont l'emploi et les relations de travail constituent un aspect important. Même si aucune de ses dispositions ne cherche à régler le processus de négociation collective, ou ne mentionne explicitement les conditions à inclure dans les conventions collectives, le Règlement tient compte des sujets qui préoccupent les patrons et les employés au moment de négocier et de rédiger une convention collective. Lorsque les personnes qui travaillent dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire sont syndiquées, l'intérêt fédéral s'étend au régime des relations de travail qui régit les relations entre l'employeur et les employés, par l'intermédiaire de leur agent négociateur. À l'échelon international, il est également constamment reconnu que la surveillance des personnes employées dans le cadre d'installations destinées à la production d'énergie nucléaire fait partie intégrante du maintien de la sécurité des établissements et des matières nucléaires.

De plus, le pouvoir déclaratoire que possède le Parlement, en vertu de l'al. 92(10)(c), vise non seulement l'ouvrage mais aussi l'activité intégrée qui s'y exerce. On ne peut établir aucune distinction convaincante entre ce qu'on appelle l'«entreprise» de l'ouvrage et les «activités intégrées qui se rattachent» à cet ouvrage. Le pouvoir de réglementer un ouvrage et les activités intégrées qui s'y rattachent englobe à première vue la compétence de faire des lois relatives aux relations de travail. En l'espèce, les employés qui participent à la production d'énergie nucléaire dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro relèvent clairement de la compétence que possède le Parlement en matière de relations de travail. Leurs «activités normales ou habituelles» sont étroitement liées aux intérêts fédéraux dans le domaine de l'énergie nucléaire, puisque l'intérêt du gouvernement fédéral dans la production d'énergie nucléaire est celui qu'il porte à la santé et à la sécurité, des questions qui sont entièrement sous le contrôle quotidien des personnes qui exploitent des établissements nucléaires. L'aspect provincial des établissements nucléaires d'Ontario Hydro ne devrait pas masquer la nature essentiellement fédérale de leur exploitation.



The federal jurisdiction over labour relations does not apply to all Ontario Hydro's employees. Only those actually employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy are federally regulated. The others remain under provincial jurisdiction pursuant to s. 92A(1)(c) of the *Constitution Act, 1867*.

Parliament is not precluded from exercising its labour relations jurisdiction over Ontario Hydro employees involved in the production of nuclear energy by the fact that the province has exercised that jurisdiction for a long period. There is no doctrine of laches in the context of constitutional division of powers.

*Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. (dissenting):* Parliament may, under its declaratory power, decide as a matter of policy to withdraw a work or an undertaking linked to a work from what would normally be provincial jurisdiction by declaring the work or undertaking to be a work for the general advantage of Canada, or of two or more provinces. Parliament's jurisdiction over a declared work, however, is not plenary and extends only to those aspects of the work which are integral to the federal interest in the work. This limit is consistent with the traditional approach to division of powers. The *Constitution Act, 1867* set up a federalist system of government for Canada and should be interpreted so as not to allow the powers of either Parliament or the provincial legislatures to subsume the powers of the other. The federal declaratory power applies to works which fall within any of the categories assigned to the provinces under ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867*. Parliament did not give up its declaratory power over nuclear electrical generating stations when s. 92A was added to the Constitution in 1982.

While the valid declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* brought Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations as works within Parliament's exclusive jurisdiction, control over labour relations at these facilities is not integral to Parliament's effective regulation of its interest in nuclear plants. The preamble to the Act provides a statement of the federal interest in atomic energy and the parameters of that interest in the operations of the nuclear electrical generating facilities. The federal interest in these facilities is the fact of nuclear production and all its attendant

La compétence fédérale sur les relations de travail ne s'applique pas à tous les employés d'Ontario Hydro. Seules les personnes employées dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire sont assujetties à la réglementation fédérale. Les autres demeurent assujetties à la compétence provinciale, conformément à l'al. 92A(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le fait que la province ait exercé pendant longtemps la compétence en matière de relations de travail sur les employés d'Ontario Hydro qui participent à la production d'énergie nucléaire n'empêche pas le Parlement d'exercer sa compétence à cet égard. Il n'y a pas de théorie du manque de diligence en matière de partage constitutionnel des compétences.

*Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci (dissidents):* Le Parlement peut, en vertu de son pouvoir déclaratoire, décider en principe de soustraire à ce qui serait normalement la compétence d'une province un ouvrage ou une entreprise liée à un ouvrage, en déclarant que cet ouvrage ou cette entreprise est à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces. Cependant, la compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada n'est pas totale, mais porte seulement sur les aspects de l'ouvrage qui font partie intégrante de l'intérêt fédéral dans l'ouvrage en question. Cette restriction est compatible avec la façon traditionnelle d'aborder les questions de partage des compétences. La *Loi constitutionnelle de 1867* établit un régime fédéraliste de gouvernement pour le Canada et elle devrait être interprétée de façon à empêcher que les pouvoirs du Parlement ou d'une législature provinciale subsument les pouvoirs de l'autre. Le pouvoir déclaratoire fédéral peut être exercé à l'égard des ouvrages qui tombent dans l'une ou l'autre catégorie de sujets attribuée aux provinces en vertu des art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement n'a pas renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les centrales nucléaires lorsque l'art. 92A a été ajouté à la Constitution en 1982.

Bien que la déclaration valide contenue à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* ait eu pour effet de faire des centrales nucléaires d'Ontario Hydro des ouvrages relevant de la compétence exclusive du Parlement, le contrôle sur les relations de travail dans ces centrales ne fait pas partie intégrante de la réglementation efficace par le Parlement de l'intérêt qu'il a dans celles-ci. Le préambule de la *Loi* énonce quel est l'intérêt fédéral dans l'énergie atomique ainsi que les paramètres de cet intérêt dans les activités des centrales nucléaires. L'intérêt fédéral dans ces centrales réside

safety, health and security concerns. Nothing in the Act, the regulations or the licences reveals any interest in labour relations. Labour relations legislation is generally concerned with regulating the process of industrial relations and aims at securing both industrial peace and better working conditions for workers. The two potential labour relations concerns which could impact on the safe operation of a nuclear plant — staffing and work stoppages — are tempered by the conditions of the licences issued under the Act. Moreover, if specific safety issues were of concern to Parliament, it could legislate with respect to those issues under its valid interest in safety flowing from its jurisdiction over the declared works. This necessary trenching on provincial jurisdiction is more in harmony with the principles of federalism than is the wholesale withdrawing of labour relations from provincial jurisdiction. The conclusion that labour relations is not integral to the exercise of federal jurisdiction is strengthened by s. 92A of the *Constitution Act, 1867*. This section expressly provides for provincial jurisdiction over the management of electrical generating sites, including those fuelled by nuclear reactors. Further, Ontario Hydro as a whole is a provincial undertaking. Provincial control over labour relations thus appears to be integral to provincial jurisdiction over the nuclear electrical generating facilities. Finally, for the same reason that labour relations of a federal undertaking must be regulated federally, labour relations of a provincial undertaking should be regulated provincially.

Like its jurisdiction under the declaratory power, Parliament's jurisdiction over atomic energy under the national concern branch of the p.o.g.g. power is not plenary and does not extend to the labour relations between Ontario Hydro and those of its employees employed in the nuclear electrical generating stations. Absent special circumstances, the same balancing principles of federalism apply to both the p.o.g.g. power and the declaratory power. Federal control over labour relations at Ontario Hydro's nuclear facilities is simply not required for the exercise of Parliament's jurisdiction over atomic energy. The labour relations at issue in this case are not part of

dans la production d'énergie nucléaire et toutes les questions de santé et de sécurité qui s'y rattachent. Rien dans la Loi, le Règlement ou les permis n'indique l'existence d'un intérêt dans les relations de travail. Les lois sur les relations de travail visent généralement à réglementer les relations industrielles ainsi qu'à garantir la paix industrielle et de meilleures conditions de travail pour les employés. Les deux problèmes possibles, en matière de relations de travail, qui pourraient avoir un effet sur l'exploitation sécuritaire d'une centrale nucléaire — la dotation en personnel et les arrêts de travail — sont atténués par les conditions des permis délivrés en vertu de la Loi. Par ailleurs, si le Parlement était préoccupé par des questions précises de sécurité, il pourrait légiférer relativement à ces questions en vertu de l'intérêt valide dans la sécurité, que lui confère sa compétence sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada. Cet empiétement nécessaire sur la compétence provinciale s'harmonise davantage avec les principes du fédéralisme que le fait de soustraire systématiquement les relations de travail à la compétence provinciale. L'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* vient renforcer la conclusion que les relations de travail ne font pas partie intégrante de l'exercice de la compétence fédérale. Cet article prévoit expressément que les provinces ont compétence sur la gestion des emplacements destinés à la production d'énergie électrique, y compris ceux alimentés par des réacteurs nucléaires. De plus, Ontario Hydro est dans l'ensemble une entreprise provinciale. Le contrôle provincial des relations de travail paraît ainsi faire partie intégrante de la compétence provinciale sur les centrales nucléaires. Enfin, les relations de travail dans une entreprise provinciale devraient être réglementées par les provinces, pour la même raison que les relations de travail dans une entreprise fédérale doivent être réglementées par le fédéral.

À l'instar de sa compétence découlant du pouvoir déclaratoire, la compétence qu'a le Parlement sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement n'est pas totale et ne vise pas les relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires. En l'absence de circonstances spéciales, les mêmes principes de fédéralisme relatifs au maintien d'un équilibre s'appliquent à la fois à la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement et au pouvoir déclaratoire. Le Parlement fédéral n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer sa compétence sur l'énergie atomique. Les relations de travail ici en cause ne font pas

the single, distinctive and indivisible matter identified as atomic energy.

It follows that it is the Ontario *Labour Relations Act* which constitutionally applies to the labour relations between Ontario Hydro and those of its employees at its nuclear electrical generating facilities. Had the *Canada Labour Code* been applicable, however, Ontario Hydro would not have been immune from the operation of federal labour legislation by virtue of interjurisdictional Crown immunity.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *City of Montreal v. Montreal Street Railway Co.*, [1912] A.C. 333; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151; *The Queen v. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; *Shur Gain Division, Canada Packers Inc. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada*, [1992] 2 F.C. 3; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] S.C.R. 460; *Reference re Disallowance and Reservation*, [1938] S.C.R. 71; *Severn v. The Queen* (1878), 2 S.C.R. 70; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *R. v. Picard, Ex parte International Longshoremen's Association, Local 375* (1967), 65 D.L.R. (2d) 658; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Brit-*

partie de la matière unique, particulière et indivisible qu'est l'énergie atomique.

Il s'ensuit que c'est la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario qui, en vertu de la Constitution, s'applique aux relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires. Toutefois, si le *Code canadien du travail* avait été applicable, Ontario Hydro n'aurait pas échappé à l'application de la législation ouvrière fédérale en vertu du principe de l'exclusivité des compétences.

### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés:** *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *City of Montreal c. Montreal Street Railway Co.*, [1912] A.C. 333; *Wilson c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151; *The Queen c. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Division Shur Gain, Canada Packers Inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada*, [1992] 2 C.F. 3; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Luscar Collieries Ltd. c. McDonald*, [1925] R.C.S. 460; *Reference re Disallowance and Reservation*, [1938] R.C.S. 71; *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *R. c. Picard, Ex parte International Longshoremen's Association, Local 375* (1967), 65 D.L.R. (2d) 658; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S.

*ish Columbia Power Corp. v. Attorney-General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65; *Re Tank Truck Transport Ltd.* (1960), 25 D.L.R. (2d) 161 (H.C.), aff'd [1963] 1 O.R. 272 (C.A.); *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Denison Mines Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.

By Lamer C.J.

**Considered:** *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; **referred to:** *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1985] 2 F.C. 472; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42.

By Iacobucci J. (dissenting)

*The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *The Queen v. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335; *Quebec Railway Light & Power Co. v. Town of Beauport*, [1945] S.C.R. 16; *Com-*

545; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *British Columbia Power Corp. c. Attorney-General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65; *Re Tank Truck Transport Ltd.* (1960), 25 D.L.R. (2d) 161 (H.C.), conf. par [1963] 1 O.R. 272 (C.A.); *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Denison Mines Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt examiné:** *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; **arrêts mentionnés:** *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1985] 2 C.F. 472; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

*The King c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *The Queen c. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335; *Quebec Railway Light & Power Co. c. Town*

*mission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151; *Shur Gain Division, Canada Packers Inc. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada*, [1992] 2 F.C. 3; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Central Western Railway Corp. v. U.T.U.*, [1989] 2 F.C. 186.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Act incorporating "The Bell Telephone Company of Canada"*, S.C. 1882, c. 95, s. 4.  
*Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16, preamble, ss. 9(b), 18.  
*Atomic Energy Control Regulations*, C.R.C. 1978, c. 365, ss. 7(2), (3), 8, 9(2), 11(1), 13(1), 17, 27, 28.  
*Bell Canada Act*, S.C. 1987, c. 19, s. 5.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 "federal work, undertaking or business", 2(h), 4.  
*Cape Breton Development Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-25, s. 35.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 55, 56, 57, 90, 91, 91(29), 92(10), (13), (16), 92A(1)(c), (6).  
*Constitution Act, 1982*, s. 50.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2.  
*Power Corporation Act*, R.S.O. 1990, c. P.18.  
*Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, Can. T.S. 1970 No. 1, Art. III.

#### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

*of Beauport*, [1945] R.C.S. 16; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151; *Division Shur Gain, Canada Packers Inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada*, [1992] 2 C.F. 3; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186.

#### <sup>e</sup> Lois et règlements cités

*Acte à l'effet d'amender l'acte constitutif de la Compagnie Canadienne de Téléphone Bell*, S.C. 1882, ch. 95, art. 4.  
<sup>f</sup> *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 «entreprises fédérales», 2h), 4.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 55, 56, 57, 90, 91, 91(29), 92(10), (13), (16), 92A(1)(c), (6).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 50.  
<sup>g</sup> *Loi sur Bell Canada*, L.C. 1987, ch. 19, art. 5.  
*Loi sur la Société de développement du Cap-Breton*, L.R.C. (1985), ch. C-25, art. 35.  
*Loi sur la Société de l'électricité*, L.R.O. 1990, ch. P.18.  
*Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16, préambule, art. 9(b), 18.  
<sup>h</sup> *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2.  
*Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique*, C.R.C. 1978, ch. 365, art. 7(2), (3), 8, 9(2), 11(1), 13(1), 17, 27, 28.  
<sup>i</sup> *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, R.T. Can. 1970 n° 1, art. III.

#### Doctrine citée

<sup>j</sup> Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston: McGill-Queen's University Press, 1987.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Cairns, Robert D., Marsha A. Chandler and William D. Moull. "Constitutional Change and the Private Sector: The Case of the Resource Amendment" (1986), 24 *Osgoode Hall L.J.* 299.
- Csik, B. J. "International Guidance on the Qualifications of Nuclear Power Plant Operations Personnel". In *Operational Safety of Nuclear Power Plants*, vol. II. Vienna: International Atomic Energy, 1984, 315.
- Hanssen, Kenneth. "The Federal Declaratory Power Under the British North America Act" (1968-69), 3 *Man. L.J.* 87.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. "The Charter of Rights and American Theories of Interpretation" (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 87.
- IAEA *Yearbook 1992*. Vienna: International Atomic Energy Agency, 1992.
- La Forest, Gérard V., and Associates. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Lajoie, Andrée. *Le pouvoir déclaratoire du Parlement: Augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1969.
- Laskin's *Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- Moull, William D. "The Legal Effect of the Resource Amendment — What's New in Section 92A". In J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources*. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1985, 33.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston: McGill-Queen's University Press, 1987.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Cairns, Robert D., Marsha A. Chandler and William D. Moull. «Constitutional Change and the Private Sector: The Case of the Resource Amendment» (1986), 24 *Osgoode Hall L.J.* 299.
- Csik, B. J. «International Guidance on the Qualifications of Nuclear Power Plant Operations Personnel». In *Operational Safety of Nuclear Power Plants*, vol. II. Vienna: International Atomic Energy, 1984, 315.
- Hanssen, Kenneth. «The Federal Declaratory Power Under the British North America Act» (1968-69), 3 *Man. L.J.* 87.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 87.
- IAEA *Yearbook 1992*. Vienna: International Atomic Energy Agency, 1992.
- La Forest, Gérard V., and Associates. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Lajoie, Andrée. *Le pouvoir déclaratoire du Parlement: Augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1969.
- Laskin's *Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- Moull, William D. «The Legal Effect of the Resource Amendment — What's New in Section 92A». In J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources*. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1985, 33.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014, setting aside a judgment of the Divisional Court (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044, quashing a decision of the Ontario Labour Relations Board, [1988] OLRB Rep. Feb. 187. Appeals dismissed, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014, qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044, qui avait annulé une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario, [1988] OLRB Rep. Feb. 187. Pourvois rejetés, les juges Sopinka, Cory et Iacobucci sont dissidents.

*Neil Finkelstein, Jeffrey W. Galway and George Vegh*, for Ontario Hydro.

*R. Ross Wells and Christopher M. Dassios*, for CUPE — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000.

*Kathleen A. MacDonald*, for the respondent the Ontario Labour Relations Board.

*Paul J. J. Cavalluzzo*, for the respondent Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees.

*Eric A. Bowie, Q.C., Lewis E. Levy, Q.C., and Roslyn J. Levine*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*M. Philip Tunley and John Terry*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Alain Gingras and André Couture*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. —

### I. Introduction

I have read with interest the thorough and thoughtful reasons of my colleague, Justice Iacobucci, and although I agree with much of his analysis of the law applicable to these appeals, I cannot, with respect, agree with his disposition of these appeals. Although there are two appeals before the Court, they are in substance one, and I shall refer to the proceedings herein as “the appeal”.

I agree with Iacobucci J. that Parliament’s legislative jurisdiction over works such as nuclear generating stations, whether it arises pursuant to a declaration under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*, or pursuant to Parliament’s power under s. 91 of that Act to make laws for the peace, order

*Neil Finkelstein, Jeffrey W. Galway et George Vegh*, pour Ontario Hydro.

*R. Ross Wells et Christopher M. Dassios*, pour le SCFP — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000.

*Kathleen A. MacDonald*, pour l’intimée la Commission des relations de travail de l’Ontario.

*Paul J. J. Cavalluzzo*, pour l’intimée la Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees.

*Eric A. Bowie, c.r., Lewis E. Levy, c.r., et Roslyn J. Levine*, pour l’intimé le procureur général du Canada.

*M. Philip Tunley et John Terry*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Alain Gingras et André Couture*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Bruce Judah*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

### I. Introduction

J’ai lu avec intérêt les motifs approfondis et bien réfléchis de mon collègue le juge Iacobucci et, bien que je sois d’accord avec la majeure partie de son analyse du droit applicable aux présents pourvois, je ne puis, en toute déférence, souscrire à la façon dont il tranche ces pourvois. Même si la Cour est saisie de deux pourvois, ils ne constituent essentiellement qu’un seul pourvoi et je vais les désigner, dans les présents motifs, par l’expression «le pourvoi».

Je suis d’accord avec le juge Iacobucci pour dire que la compétence législative du Parlement sur des ouvrages comme les centrales nucléaires n’est pas «totale», peu importe qu’elle découle d’une déclaration faite en vertu de l’al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou du pouvoir du Parle-

and good government of Canada (the “p.o.g.g.” power), is not “plenary”. Rather, federal jurisdiction over such works must be carefully described to respect and give effect to the division of legislative authority on which our federal constitutional scheme is based. Under s. 92(10)(c), I fully agree with Iacobucci J. that “Parliament’s jurisdiction over a declared work must be limited so as to respect the powers of the provincial legislatures but consistent with the appropriate recognition of the federal interests involved” (p. 404). The p.o.g.g. power is similarly subject to balancing federal principles, limiting the federal government’s p.o.g.g. jurisdiction to “the national concern aspects of atomic energy . . . namely the fact of nuclear production and its safety concerns” (p. 425).

However, I cannot agree with Iacobucci J.’s assessment of how this balance ought to be struck; specifically, I am of the view that the power to regulate the labour relations of those employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy is integral to Parliament’s declaratory and p.o.g.g. jurisdictions. I reach this conclusion through an examination of the national and international regulatory framework applicable to the production of nuclear energy, previous decisions of this and other courts respecting constitutional jurisdiction over labour relations, and the effect of s. 92A(1)(c) of the *Constitution Act, 1867*.

## II. Analysis

### A. Regulatory Framework

#### (a) The Atomic Energy Control Act

The production of nuclear energy in Canada is regulated by legislation (the *Atomic Energy Con-*

ment de légiférer, en vertu de l’art. 91, pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement (la «compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement»). La compétence fédérale sur ces ouvrages doit être soigneusement décrite de façon à respecter et à mettre en œuvre le partage des compétences législatives sur lequel est fondé notre régime constitutionnel fédéral. Je partage entièrement l’avis du juge Iacobucci selon lequel, en vertu de l’al. 92(10)c), «[l]a compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l’avantage général du Canada doit être restreinte de façon à respecter les pouvoirs des législatures provinciales, mais compatible avec la reconnaissance appropriée des intérêts fédéraux en cause» (p. 404). La compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement est également assujettie aux principes de fédéralisme relatifs au maintien d’un équilibre, ce qui a pour effet de limiter la compétence fédérale en cette matière «aux dimensions d’intérêt national de l’énergie atomique, [. . .] soit la production d’énergie nucléaire et les questions de sécurité qui s’y rattachent» (p. 425).

Toutefois, je ne suis pas d’accord avec le juge Iacobucci sur la façon de parvenir à cet équilibre; plus précisément, je suis d’avis que le pouvoir de réglementer les relations de travail des personnes employées dans le cadre des installations destinées à la production d’énergie nucléaire fait partie intégrante du pouvoir déclaratoire du Parlement et de sa compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement. J’arrive à cette conclusion après avoir examiné les textes réglementaires nationaux et internationaux applicables à la production d’énergie nucléaire, les arrêts antérieurs de notre Cour et d’autres tribunaux relativement à la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail, et l’effet de l’al. 92A(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

## II. Analyse

### A. Les textes réglementaires

#### a) La Loi sur le contrôle de l’énergie atomique

La production d’énergie nucléaire au Canada est régie par une loi (la *Loi sur le contrôle de l’énergie*



*trol Act*, R.S.C., 1985, c. A-16 (the “*AECA*”), regulations made under that Act, and licences granted by the Atomic Energy Control Board pursuant to that Act and the regulations.

The declaration in s. 18 *AECA*, that “[a]ll works and undertakings constructed (a) for the production, use and application of atomic energy . . . are, and each of them is declared to be, works or a work for the general advantage of Canada” is the primary indication of Parliament’s interest in the production of atomic energy. The scope of that interest is suggested by the preamble to the *AECA*, which states:

WHEREAS it is essential in the national interest to make provision for the control and supervision of the development, application and use of atomic energy and to enable Canada to participate effectively in measures of international control of atomic energy that may hereafter be agreed on;

I cannot, with respect, agree that the preamble does not reveal a federal interest in regulating labour relations. Rather, I think that stating Parliament’s interest in the “control and supervision of the . . . application and use of atomic energy” directly implicates regulation of the activities involved in that application and use, which in turn involves the regulation of those employed in producing nuclear power. In fact, Iacobucci J. agrees at p. 416 that “the uniquely federal aspect of Ontario Hydro’s nuclear electrical generating stations is the fact of nuclear production, with all its attendant safety, health and security concerns” (emphasis added). With respect, I believe that all of the concerns attendant on the production of nuclear energy arise in the regulation of labour relations at nuclear production facilities, as is shown by the way in which the general content of the preamble is particularized in the *AECA* and its regulations.

As the discussion below of the regulations made under the *AECA* makes clear, the Atomic Energy Control Board is given broad regulation-making power, through which the production of nuclear

*atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16 (la «*LCEA*»), son règlement d’application et les permis délivrés par la Commission de contrôle de l’énergie atomique conformément à cette loi et à son règlement d’application.

La déclaration, figurant à l’art. 18 *LCEA*, selon laquelle «[s]ont déclarés à l’avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés: a) à la production et aux applications et usages de l’énergie atomique . . . » constitue la principale indication de l’intérêt du Parlement dans la production d’énergie atomique. Le préambule de la *LCEA* fait entrevoir l’étendue de cet intérêt:

Considérant qu’il est essentiel, dans l’intérêt national, de pourvoir au contrôle et à la surveillance de l’exploitation et des applications et usages de l’énergie atomique et de permettre au Canada de participer d’une manière efficace aux mesures de contrôle international de l’énergie atomique dont il pourra être convenu. . .

En toute déférence, je ne puis souscrire à l’opinion selon laquelle le préambule ne révèle pas un intérêt fédéral dans la réglementation des relations de travail. Je crois plutôt que la mention de l’intérêt du Parlement dans le «contrôle et [. . .] la surveillance [. . .] des applications et usages de l’énergie atomique» implique directement la réglementation des activités touchant ces applications et usages, et, de ce fait, la réglementation des personnes travaillant à la production d’énergie nucléaire. En fait, le juge Iacobucci reconnaît à la p. 416 que «la seule dimension fédérale des centrales nucléaires d’Ontario Hydro est la production d’énergie nucléaire, et toutes les questions de santé et de sécurité qui s’y rattachent» (je souligne). En toute déférence, je crois que toutes les questions qui se rattachent à la production d’énergie nucléaire se posent dans le contexte de la réglementation des relations de travail dans les centrales nucléaires, comme l’illustre la façon dont le contenu général du préambule est précisé dans la *LCEA* et son règlement d’application.

Comme il ressort clairement de l’analyse que je fais ci-après du règlement pris en application de la *LCEA*, la Commission de contrôle de l’énergie atomique jouit d’un vaste pouvoir de réglementation

energy is primarily controlled and supervised. Section 9(b) AECA, for example, allows the Board to make regulations "for developing, controlling, supervising and licensing the production, application and use of atomic energy". It is through this regulation-making power that the Board has made clear the federal government's interest in labour relations matters affecting nuclear energy, and to which I shall now turn.

(b) The Atomic Energy Control Regulations

The *Atomic Energy Control Regulations*, C.R.C. 1978, c. 365, evince a strong federal interest in the employment of the men and women who operate Ontario Hydro's nuclear production facilities. Although none of the provisions seek to regulate the collective bargaining process, or refer explicitly to terms or conditions which must be included in collective agreements covering such workers, the regulations do show in a more general way that Parliament's interest in health, safety and security at nuclear production facilities is in large part an interest in the employment of those persons who operate such facilities.

An application made to the Atomic Energy Control Board, under s. 7(2) in Part I of the regulations, for a licence to, *inter alia*, use any prescribed substance must, if the Board so requires, set out "(g) a description of the qualifications, training and experience of any person who is to use the prescribed substance". The licence granted by the Board may include conditions respecting measures to be taken to protect against excessive doses of radiation (s. 7(3)(a)), instruction to be given to workers respecting radiation hazards and procedures (s. 7(3)(c)), measures to be taken against theft, loss or unauthorized use of prescribed substances (s. 7(3)(f)), and the qualifications, training

qui permet essentiellement de contrôler et de surveiller la production d'énergie atomique. Par exemple, l'al. 9b) LCEA permet à la Commission de prendre des règlements en vue de «développer, contrôler, surveiller et autoriser par l'attribution de licences, la production et les applications et usages de l'énergie atomique». C'est par ce pouvoir de réglementation que la Commission a établi clairement l'intérêt fédéral dans les questions de relations de travail dans le domaine de l'énergie nucléaire; c'est la question que je vais maintenant examiner.

b) Le Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique

Le *Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique*, C.R.C. 1978, ch. 365, traduit un intérêt fédéral important dans l'emploi des hommes et des femmes qui exploitent les centrales nucléaires d'Ontario Hydro. Même si aucune de ses dispositions ne cherche à réglementer le processus de négociation collective, ou ne mentionne explicitement les conditions à inclure dans les conventions collectives applicables à ces travailleurs, le Règlement montre d'une façon plus générale que l'intérêt du Parlement dans la santé et la sécurité dans les centrales nucléaires est en grande partie un intérêt dans l'emploi des personnes qui exploitent ces centrales.

Une demande de permis présentée à la Commission de contrôle de l'énergie atomique, en vertu du par. 7(2) de la partie I du Règlement, en vue de faire usage d'une substance prescrite doit, à la demande de la Commission, donner une «g) une description des qualités, de la formation et de l'expérience de toute personne qui doit utiliser la substance prescrite». Le permis accordé par la Commission peut stipuler les conditions concernant les mesures à prendre pour éviter de recevoir des doses de rayonnements excessives (al. 7(3)a)), les directives à donner aux travailleurs en ce qui concerne les dangers des rayonnements et les règles à observer (al. 7(3)c)), les mesures à prendre pour prévenir le vol, la perte ou l'utilisation non autorisée de la substance prescrite (al. 7(3)f)), ainsi que les qualités, la formation et l'expérience que doit avoir toute personne qui doit faire usage ou sur-

and experience of anyone who is to use or supervise the use of prescribed substances (s. 7(3)(g)).

Similar provisions govern the licensing procedure for operating a nuclear facility described in Part II of the regulations.

Where a licence has been issued, records must be kept of the names of all persons involved in the use and handling of prescribed substances, doses of radiation received by any person, and medical examinations required under the regulations (Part III, s. 11(1)).

Part IV of the regulations concerns security, and prohibits unauthorized disclosure of various types of information about prescribed substances and nuclear facilities (s. 13(1)). Furthermore, the Board may designate "protected places" for secrecy into which unauthorized persons may not enter.

Part V of the regulations concerns health and safety, and s. 17 requires radiation dosage notification and examination procedures for atomic radiation workers, as well as prohibiting some persons from working as atomic radiation workers. Indeed, Part V is almost exclusively concerned with employees at nuclear facilities such as Ontario Hydro's.

Part VI, the general part of the regulations, imposes several employment-related obligations on licensees, including providing appropriate safety equipment and clothing, and providing adequate warning to any person (which would include employees) who may be affected by an escape of radioactive material. Employees are under similar obligations to observe safety procedures and use safety equipment and clothing.

I think that it can be foreseen how these stringent and detailed obligations of licensees such as Ontario Hydro might be reflected in collective agreements between the management and em-

veiller l'utilisation de substances prescrites (al. 7(3)g)).

Des dispositions similaires régissent la délivrance de permis d'exploitation d'un établissement nucléaire décrit dans la partie II du Règlement.

Lorsqu'un permis est délivré, il faut tenir des dossiers indiquant les noms de toutes les personnes qui participent à l'utilisation et à la manutention de substances prescrites, la dose de rayonnements reçue par toute personne et les examens médicaux exigés en vertu du Règlement (partie III, par. 11(1)).

La partie IV du Règlement porte sur la sécurité et interdit la divulgation non autorisée de divers types de renseignements au sujet des substances prescrites et des établissements nucléaires (par. 13(1)). De plus, afin de tenir secrets certains renseignements, la Commission peut désigner des lieux comme «lieux protégés» dans lesquels les personnes non autorisées ne pourront pas entrer.

La partie V du Règlement traite d'hygiène et de sécurité; l'art. 17 exige d'informer les travailleurs sous rayonnements de la dose de rayonnements reçue et des examens à subir, et il interdit d'employer certaines personnes en qualité de travailleurs sous rayonnements. En fait, la partie V porte presque exclusivement sur les employés des établissements nucléaires comme ceux d'Ontario Hydro.

La partie VI, qui est la partie générale du Règlement, impose aux titulaires de permis plusieurs obligations en matière d'emploi, notamment celles de fournir le matériel et les vêtements de sécurité, et de donner un avertissement suffisant à toute personne (ce qui comprendrait les employés) pour qui une fuite de matière radioactive peut constituer un risque. Les employés sont également tenus de prendre des précautions en matière de sécurité et d'utiliser le matériel et les vêtements de sécurité.

À mon avis, on peut prévoir comment ces obligations strictes et détaillées qui incombent aux titulaires de permis comme Ontario Hydro peuvent se refléter dans les conventions collectives con-

ployees of nuclear facilities, especially where dosage monitoring, notification, and protection are concerned. The various restrictions on who may be employed at the facility might be incorporated into the collective agreement. The Atomic Energy Control Board's training and experience requirements might influence the negotiation and drafting of promotion and seniority clauses. An employee's failure to use the required safety equipment, or to observe required safety procedures, could be the subject of discipline governed by the collective agreement. The labour relations board might have to distinguish between a legitimate plant shutdown and an illegal lock-out during a labour dispute. The requirement that the collective agreement conform to the regulatory requirements of the statute, regulations and licence might be relevant to proceedings to determine whether the parties were bargaining in good faith. Other examples of the mutual concerns in the regulations and most collective agreements are not difficult to anticipate.

I draw these parallels not to suggest that the regulations will dictate the substantive content of collective agreements for those employed on or in connection with nuclear energy production facilities, but rather to show that the matters of concern to management and labour in drafting and negotiating a collective agreement are reflected in the regulations, and that the interests in both cases are quite similar. As is the case with the *AECA*, Parliament's regulation of nuclear facilities, under the concerns of health, safety and security, includes a strong employment and labour relations component.

(c) Licences

One of the licences described in the *AECA* and the regulations has been put before this Court

clues entre la direction et les employés d'établissements nucléaires, plus particulièrement en ce qui a trait au contrôle de la dose de rayonnements, aux avis à donner et à la protection à assurer en la matière. Les diverses restrictions quant aux personnes qui peuvent travailler dans une centrale pourraient être incluses dans la convention collective. Les exigences de la Commission de contrôle de l'énergie atomique sur le plan de la formation et de l'expérience pourraient influencer sur la négociation et la rédaction de clauses en matière de promotions et d'ancienneté. La convention collective pourrait prévoir les mesures disciplinaires susceptibles d'être prises contre un employé qui omet d'utiliser le matériel de sécurité exigé ou de prendre les précautions requises en matière de sécurité. Il se pourrait que la Commission des relations de travail ait à établir une distinction entre la fermeture légitime d'une centrale et un lock-out illégal au cours d'un différend ouvrier. L'exigence que la convention collective soit conforme aux exigences de nature réglementaire de la Loi, à son règlement d'application et au permis délivré pourrait être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si les parties négociaient de bonne foi. Il n'est pas difficile de prévoir d'autres exemples de préoccupations mutuelles qui se trouvent dans le Règlement et la plupart des conventions collectives.

Je fais ces comparaisons non pas pour laisser entendre que c'est le Règlement qui dictera le gros du contenu des conventions collectives des personnes employées dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire, mais plutôt pour montrer que le Règlement tient compte des sujets qui préoccupent les patrons et les employés au moment de négocier et de rédiger une convention collective et que les intérêts sont assez similaires dans les deux cas. Comme c'est le cas avec la *LCEA*, l'emploi et les relations de travail constituent un aspect important de la réglementation par le Parlement des établissements nucléaires sur le plan de la santé et de la sécurité.

c) Les permis

Un des permis décrits dans la *LCEA* et son règlement d'application a été déposé devant notre

(Reactor Operating Licence No. 10/86, for the Bruce Nuclear Generating Station "A").

Article A.A.3 sets out detailed staffing requirements, including written Atomic Energy Control Board approval of certain employees, minimum staffing requirements, and notice of staffing changes. Article A.A.19 requires the prompt reporting of any attempted or actual breaches of security, threats or sabotage (sub-article (iv)), and of "actual or impending instances of industrial disputes or civil demonstrations which could affect the safety or security of the nuclear facility" (sub-article (v)), and "any event which constitutes or reveals a violation of the conditions of this licence, the Physical Security Regulations or the Atomic Energy Control Regulations" (sub-article (ix)). This last sub-article covers all of the personnel requirements of the regulations and licence described above.

It is said that the lack of any imposition of federal control over labour disputes in the licence indicates that such control is not integral to federal jurisdiction. However, with respect, I believe that what demonstrates that jurisdiction over labour relations is integral to federal jurisdiction over the production of energy power is not an actual exercise of that jurisdiction (indeed, no such jurisdiction has been exercised in this case, as I discuss below), but a commonality of interests and concerns between the existing federal regulatory framework, and the matters to which labour relations legislation is addressed. The licence provisions do indicate a strong and compelling federal interest in labour relations matters at nuclear facilities, not the least of which is the reporting of potential labour disturbances because of their serious health, safety and security implications. It appears to me that the reporting of labour disturbances to the Atomic Energy Control Board, mandated by the licence, in fact dovetails neatly with

Cour (Permis d'exploitation de réacteur n° 10/86 de la centrale nucléaire Bruce «A»).

L'article A.A.3 énonce des exigences détaillées en matière de dotation, dont l'approbation écrite de la Commission de contrôle de l'énergie atomique relativement à certains employés, des exigences minimales en matière de dotation et les avis à donner en cas de modification du personnel. L'article A.A.19 exige de rendre compte promptement de toute atteinte à la sécurité, tentée ou réussie, de toute menace ou de tout acte de sabotage, tenté ou réussi (sous-al. (iv)), des [TRADUCTION] «circonstances présentes ou imminentes de conflits ouvriers ou de manifestations populaires qui pourraient affecter la sécurité ou la sûreté de l'établissement nucléaire» (sous-al. (v)), et de [TRADUCTION] «tout événement qui constitue ou révèle une violation des conditions du présent permis, du Règlement sur la sécurité matérielle ou du Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique» (sous-al. (ix)). Ce dernier sous-alinéa vise toutes les exigences relatives au personnel que prévoient le Règlement et le permis décrits ci-dessus.

On affirme que le fait que le permis n'impose pas de contrôle fédéral sur les différends de travail indique que ce contrôle ne fait pas partie intégrante de la compétence fédérale. En toute déférence cependant, je crois que ce qui démontre que la compétence sur les relations de travail fait partie intégrante de la compétence fédérale sur la production d'énergie nucléaire est non pas l'exercice même de cette compétence (en fait, aucune compétence de cette nature n'a été exercée en l'espèce, suivant l'analyse que je fais plus loin), mais la communauté d'intérêts et de préoccupations que l'on constate dans les textes réglementaires fédéraux existants et les questions visées par la législation ouvrière. Les dispositions du permis indiquent l'existence d'intérêts fédéraux importants et impérieux dans les questions de relations de travail au sein des établissements nucléaires parmi lesquels, et non le moindre, il y a l'intérêt à ce que les possibilités de différend ouvrier soient signalées en raison des répercussions graves qu'elles entraînent sur les plans de la sécurité et de la santé. Il me paraît que l'exigence, que pose le permis, de ren-

federal regulation and supervision of the disturbance itself.

Therefore, I think that the domestic regulation of the production of nuclear energy demonstrates a strong federal interest in the employment of those employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy. Where those employees are unionized, that federal interest extends to the labour relations regime which governs the relationship between the employer and the employees, through their bargaining agent.

(d) International Regulation

The production of nuclear energy is also closely monitored and regulated at the international level, primarily by the International Atomic Energy Agency ("IAEA") and the treaties and agreements negotiated through the IAEA to which Canada is a party. The IAEA is mainly concerned with the promotion of the peaceful and safe use of atomic energy, and the prevention of the diversion of nuclear materials to non-peaceful uses.

Many of the security provisions affecting employees in the regulations described above (especially those in Part IV), and the licences under which nuclear facilities operate, can be traced to Canada's international obligations in the field of nuclear energy. Canada is a "non-nuclear weapon" party to the *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, Can. T.S. 1970 No. 1, which in Article III imposes "safeguards" on such parties to prevent the diversion of nuclear materials to other than peaceful purposes.

Other IAEA activities demonstrate the vital link between the safe production of nuclear energy and the persons employed in that enterprise. For example, in the *IAEA Yearbook 1992*, at p. D25, the

dre compte de tout différend ouvrier à la Commission de contrôle de l'énergie atomique, concorde en fait nettement avec la réglementation et la surveillance fédérales du différend lui-même.

En conséquence, je crois que la réglementation nationale de la production d'énergie atomique démontre un intérêt fédéral important dans l'emploi des personnes qui travaillent dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire. Lorsque ces personnes sont syndiquées, l'intérêt fédéral s'étend au régime des relations de travail qui régit les relations entre l'employeur et les employés, par l'intermédiaire de leur agent négociateur.

d) La réglementation internationale

La production d'énergie nucléaire est également surveillée de près et réglementée à l'échelon international, principalement par l'intermédiaire de l'Agence internationale de l'énergie atomique («AIEA») et des traités et accords négociés par l'intermédiaire de l'AIEA, auxquels le Canada est partie. L'AIEA s'occupe principalement de promouvoir l'utilisation pacifique et inoffensive de l'énergie atomique, ainsi que de prévenir le détournement de matières nucléaires à des fins non pacifiques.

Un bon nombre des dispositions en matière de sécurité qui touchent les employés, que l'on trouve dans le règlement décrit plus haut (particulièrement celles contenues dans la partie IV) et dans les permis d'exploitation d'établissements nucléaires, s'inspirent des obligations internationales du Canada dans le domaine de l'énergie nucléaire. Le Canada est une partie «non doté[e] d'armes nucléaires» au *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, R.T. Can. 1970 n° 1, lequel prévoit à son article III que de telles parties s'engagent à accepter des «garanties» en vue d'empêcher le détournement de matières nucléaires à des fins non pacifiques.

Les autres activités de l'AIEA illustrent le lien essentiel entre la production inoffensive de l'énergie nucléaire et les personnes employées dans cette entreprise. Par exemple, dans le *IAEA Yearbook*

development of a concept called "safety culture" is discussed. Recognizing that (at p. D49) "[a] principal root cause of failures is human error, which is often the initiator of incidents", safety culture, the Yearbook explains, directs individuals, managers, and policy makers to implement strategies and organizational structures to prevent and detect such errors.

A paper presented to an international symposium on the operational safety of nuclear power plants organized by the IAEA also warned against treating employees engaged in the production of nuclear energy like other utility employees. B. J. Csik of the IAEA, in "International Guidance on the Qualifications of Nuclear Power Plant Operations Personnel" (*Operational Safety of Nuclear Power Plants* (1984), vol. II, 315) noted with disapproval (at p. 323) that:

Some utilities maintain the attitude in their personnel management policy that a nuclear power plant is just another electric generation plant, even though they are fully aware of the differences between nuclear and fossil-fuelled units for all other purposes.

On the international level, then, there is a consistent recognition that supervising employment on or in connection with facilities for the production of nuclear energy is an integral part of assuring the safety of nuclear facilities and materials. The question remains whether the jurisprudence of this and other courts supports the strong practical reasons in favour of placing the responsibility for both matters with the federal government.

#### B. *Labour Relations Jurisprudence*

The trilogy (*Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v.*

1992, à la p. D25, on examine l'élaboration d'un concept dit de [TRADUCTION] «culture de la sécurité». Reconnaissant que (à la p. D49) [TRADUCTION] «[u]ne des principales causes fondamentales de défaillances est l'erreur humaine, qui est souvent à l'origine d'incidents», le Yearbook précise que la culture de la sécurité exige que les individus, gestionnaires et décideurs mettent en œuvre des stratégies et des organigrammes destinés à empêcher et à découvrir ces erreurs.

Dans un document présenté lors d'un symposium international sur la sécurité opérationnelle des centrales nucléaires, organisé par l'AIEA, on déconseillait de traiter les employés œuvrant dans le domaine de la production d'énergie nucléaire comme d'autres employés de services publics. Dans son article intitulé «International Guidance on the Qualifications of Nuclear Power Plant Operations Personnel» (*Operational Safety of Nuclear Power Plants* (1984), vol. II, 315), B. J. Csik de l'AIEA souligne avec désapprobation, à la p. 323, que:

[TRADUCTION] Certaines centrales conservent, dans leur politique de gestion du personnel, l'attitude selon laquelle une centrale nucléaire n'est qu'une autre centrale de production d'énergie électrique, même si elles sont parfaitement conscientes des différences qui existent, à toutes autres fins, entre les usines alimentées au combustible nucléaire et celles alimentées au combustible fossile.

À l'échelon international, il est donc constamment reconnu que la surveillance des personnes employées dans le cadre d'installations destinées à la production d'énergie nucléaire fait partie intégrante du maintien de la sécurité des établissements et des matières nucléaires. Il reste à savoir si la jurisprudence de notre Cour et des autres tribunaux appuie les sérieuses raisons pratiques de confier au gouvernement fédéral la responsabilité des deux questions.

#### B. *La jurisprudence sur les relations de travail*

La trilogie (*Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, *Compagnie des chemins de fer natio-*

*Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897), with the cases Beetz J. relied upon in the trilogy, emphasize the intimate link between the power to regulate an industrial activity like producing nuclear energy, and the authority to make laws respecting the management of that activity, which authority usually extends to making laws respecting labour relations. For example, Beetz J. described (at p. 825) the following passage (from *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedoring* case), at p. 592, *per* Abbott J.) as "a classic statement on point":

The right to strike and the right to bargain collectively are now generally recognized, and the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion, a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures.

My colleague distinguishes this and other such general statements by observing that Ontario Hydro as a whole is a "provincial", rather than a "federal" "undertaking", so that these passages in fact demonstrate the necessity of provincial control over labour relations at Ontario Hydro. Federal jurisdiction over Ontario Hydro's nuclear facilities, it is suggested, extends only so far as the "work" and the "integrated activities related to the work". However, with respect, the description of Ontario Hydro as a provincial undertaking to limit federal jurisdiction under s. 92(10)(c) to the work alone proves too much; a scrupulous application of the works/undertakings distinction relied upon by Iacobucci J. would leave Parliament jurisdiction over nothing more than the physical shell of the nuclear generating facilities, a result which none of

*naux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897), et les arrêts sur lesquels le juge Beetz se fonde dans cette trilogie font ressortir le lien étroit qui existe entre le pouvoir de régler une activité industrielle comme la production d'énergie nucléaire, et le pouvoir d'adopter des lois relatives à la gestion de cette activité, qui englobe habituellement celui d'adopter des lois dans le domaine des relations de travail. Par exemple, le juge Beetz affirme, à la p. 825, que le passage ci-après (tiré de *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (*l'Affaire des débardeurs*), à la p. 592, le juge Abbott), est «classique»:

[TRADUCTION] Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matières analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de régler de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l'autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales.

Mon collègue établit une distinction entre cette affirmation et d'autres énoncés généraux de même nature en faisant remarquer que, dans l'ensemble, Ontario Hydro est une «entreprise» «provinciale» plutôt que «fédérale», de sorte que ces passages montreraient en fait la nécessité du contrôle provincial sur les relations de travail au sein d'Ontario Hydro. On laisse entendre que la compétence fédérale sur les établissements nucléaires d'Ontario Hydro ne vise que l'«ouvrage» et les «activités intégrées qui se rattachent à l'ouvrage». En toute déférence cependant, il est exagéré de décrire Ontario Hydro comme une entreprise provinciale de façon à restreindre à l'ouvrage seulement la compétence fédérale conférée à l'al. 92(10)c); une application stricte de la distinction entre les ouvrages et les entreprises, sur laquelle se fonde le juge Iacobucci, ferait en sorte que le Parlement n'aurait compétence que sur l'enveloppe matérielle des centrales nucléaires, ce qu'aucune des parties



the parties supporting provincial jurisdiction go so far as to assert.

To avoid finding such an empty and ineffective jurisdiction over the work alone, commentators and courts have accepted that Parliament's jurisdiction over a work subject to a declaration includes some level of control over the activities which occur on or in connection with it; such activities have often been described as the "undertaking" connected with the work, although the strict terms of s. 92(10)(c) would seem to limit Parliament's jurisdiction to the work only. For example, the author of *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, asserts (at p. 629) that the effect of a declaration "must surely be to bring within federal authority not only the physical shell or facility but also the integrated activity carried on therein; in other words, the declaration operates on the work in its functional character". My colleague holds that this latter authority does not include labour relations. However, if federal jurisdiction applies to the "integrated activities related to the work", I see no convincing distinction between what is called the "undertaking" of Ontario Hydro's nuclear facilities (which must be distinguished from the "undertaking" of Ontario Hydro's non-nuclear facilities and operations) and the "integrated activities related to" those nuclear facilities. With respect, I think further that the trilogy suggests the same parallel.

Bell Canada, the subject of the lead judgment in the trilogy, is itself the subject of a declaration by S.C. 1987, c. 19, s. 5, which is confined to the strict limits of s. 92(10)(c): "The works of the Company are hereby declared to be works for the general advantage of Canada." At the time the trilogy was decided, a declaration to the same effect was contained in S.C. 1882, c. 95, s. 4. While Bell Canada was also within federal jurisdiction under s. 92(10)(a), the declaration, if it is not completely redundant, must have been seen as necessary to complete Parliament's control over the enterprise.

appuyant la compétence provinciale ne va jusqu'à affirmer.

Pour éviter de conclure à l'existence d'une compétence aussi vide et inefficace sur l'ouvrage seulement, les auteurs et les tribunaux ont accepté que la compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada comporte un certain contrôle sur les activités qui s'y exercent ou s'y rattachent; on a souvent décrit ces activités comme l'«entreprise» liée à l'ouvrage, quoique le texte strict de l'al. 92(10)c) semblerait limiter la compétence du Parlement à l'ouvrage seulement. Par exemple, l'auteur de *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 1, affirme (à la p. 629) que le fait de déclarer un «ouvrage» à l'avantage général du Canada [TRADUCTION] «doit certainement avoir pour résultat de soumettre à la compétence fédérale non seulement l'enveloppe matérielle ou l'installation, mais également l'activité intégrée qui s'y exerce; autrement dit, la déclaration s'applique à l'ouvrage envisagé sous son angle fonctionnel». Mon collègue conclut que cette dernière compétence n'englobe pas les relations de travail. Toutefois, si la compétence fédérale vise les «activités intégrées qui se rattachent à l'ouvrage», je ne vois aucune distinction convaincante entre ce qu'on appelle l'«entreprise» des établissements nucléaires d'Ontario Hydro (qui doit être distinguée de l'«entreprise» des établissements et activités non nucléaires d'Ontario Hydro) et les «activités intégrées qui se rattachent» à ces établissements nucléaires. En toute déférence, je crois en outre que la trilogie permet d'établir le même parallèle.

Bell Canada, l'objet du principal arrêt de la trilogie, fait elle-même l'objet d'une déclaration à l'art. 5 du ch. 19 des L.C. 1987, laquelle respecte les limites strictes de l'al. 92(10)c): «Les ouvrages de la Compagnie sont déclarés à l'avantage général du Canada.» Au moment où les arrêts formant la trilogie ont été rendus, une déclaration dans le même sens figurait à S.C. 1882, ch. 95, art. 4. Même si Bell Canada relevait également de la compétence fédérale en vertu de l'al. 92(10)a), on a dû juger nécessaire de faire cette déclaration, à supposer qu'elle ne soit pas complètement redon-

In the trilogy, Beetz J. used Bell Canada as the paradigm of a "federal undertaking", the labour relations of which would be federally regulated, notwithstanding that Parliament's jurisdiction was at least partly founded under s. 92(10)(c). I would therefore not interpret Beetz J.'s references in the trilogy to "federal undertakings" as restrictively as is suggested, but rather would rely on those cases for the simple but compelling proposition that jurisdiction to regulate a work and its related integrated activity, here the production of nuclear energy, *prima facie* includes jurisdiction to make laws respecting its labour relations.

The special problems raised by such divided activities within a single enterprise were canvassed by this Court in *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733. Most of Northern Telecom's employees were subject to provincial labour law. However, some employees were "installers", who installed telephone equipment in Bell Canada's telephone network. The Canada Labour Relations Board determined that the installers were not employed on or in connection with the federal enterprise that was Bell Canada, and so were outside of its jurisdiction. This Court held that the installers were sufficiently integrated into the operations of Bell Canada to fall within federal labour relations jurisdiction. Writing for the majority of this Court, Estey J. described the inquiry before the Court, as it had been outlined by Dickson J. (as he then was) in an earlier incarnation of the litigation (*Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115). Dickson J. wrote (at p. 133):

In the case at bar, the first step is to determine whether a core federal undertaking is present and the extent of that core undertaking. Once that is settled, it is necessary to look at the particular subsidiary operation, *i.e.*, the installation department of Telecom, to look at

dante, pour parfaire le contrôle du Parlement sur l'entreprise. Dans la trilogie, le juge Beetz a utilisé Bell Canada comme le paradigme d'une «entreprise fédérale», dont les relations de travail seraient réglementées par le fédéral, même si la compétence fédérale se fondait, du moins en partie, sur l'al. 92(10)c). Je n'interprétera pas les renvois que le juge Beetz fait dans la trilogie «aux entreprises fédérales» d'une façon aussi restrictive qu'on le propose, mais je me fonderais plutôt sur ces arrêts pour formuler la proposition simple mais impérieuse que le pouvoir de réglementer un ouvrage et les activités intégrées qui s'y rattachent, en l'espèce la production d'énergie nucléaire, englobe à première vue la compétence de faire des lois relatives aux relations de travail.

Dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, notre Cour a examiné à fond les problèmes particuliers que soulève une telle division des activités au sein d'une même entreprise. La plupart des employés de Northern Telecom étaient assujettis à la législation ouvrière provinciale. Toutefois, certains employés étaient des «installateurs», qui installaient du matériel téléphonique dans le réseau de Bell Canada. Le Conseil canadien des relations du travail a décidé que les installateurs n'étaient pas des personnes employées dans le cadre de l'entreprise fédérale que constituait Bell Canada et qu'ils ne relevaient donc pas de sa compétence. Notre Cour a statué que les installateurs étaient suffisamment intégrés dans les activités de Bell Canada pour relever de la compétence fédérale en matière de relations de travail. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge Estey a décrit la question soumise à la Cour comme l'avait fait le juge Dickson (plus tard Juge en chef) lors d'un pourvoi antérieur en la matière (*Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115). Le juge Dickson a affirmé (à la p. 133):

En l'espèce, il faut d'abord se demander s'il existe une entreprise fédérale principale et en étudier la portée. Puis, il faut étudier l'exploitation accessoire concernée, *c.-à-d.* le service d'installation de Telecom, les «activités normales ou habituelles» de ce service en tant qu'«en-

the “normal or habitual activities” of that department as “a going concern”, and the practical and functional relationship of those activities to the core federal undertaking.

Estey J. found that the installers were an integral part of the core federal undertaking, so that they fell under federal jurisdiction.

Applying the same test to employees involved in the production of nuclear energy at Ontario Hydro’s nuclear facilities, I think it is clear that their “normal or habitual activities” are intimately related to the federal interests in nuclear energy, since the extent of the federal government’s interest in nuclear power production is its interests in health, safety and security, matters completely within the daily control of those operating nuclear facilities. The IAEA materials make this clear.

Therefore, I would conclude under both the declaratory jurisdiction and the p.o.g.g. jurisdiction, that the labour relations of Ontario Hydro’s employees involved in the production of nuclear energy, related as it is to the federal interest in atomic energy, is an integral and essential part of Parliament’s jurisdiction, as it was found to be in previous cases like the trilogy in connection with other integrated activities connected to federally declared works.

The courts below, and the parties in this appeal supporting federal jurisdiction over labour relations, relied on the decision of the Ontario High Court of Justice in *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862. My colleague fully reviews the facts and result in this decision, which upheld federal p.o.g.g. jurisdiction over atomic energy and a resulting jurisdiction over labour relations, but seeks to limit its persuasive authority on four bases: (i) it was decided before this Court’s decision in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; (ii) its conclusion is not supported by any reasons; (iii)

treprise active» et le lien pratique et fonctionnel entre ces activités et l’entreprise fédérale principale.

<sup>a</sup> Le juge Estey a statué que les installateurs faisaient partie intégrante de l’entreprise fédérale principale et qu’ils relevaient donc de la compétence fédérale.

<sup>b</sup> Si j’applique le même critère aux employés qui participent à la production d’énergie nucléaire dans les établissements nucléaires d’Ontario Hydro, j’estime qu’il est clair que leurs «activités normales ou habituelles» sont étroitement liées aux intérêts fédéraux dans le domaine de l’énergie nucléaire, puisque l’intérêt du gouvernement fédéral dans la production d’énergie nucléaire est celui qu’il porte à la santé et à la sécurité, des questions qui sont entièrement sous le contrôle quotidien des personnes qui exploitent des établissements nucléaires. Les documents de l’AIEA font clairement ressortir ce point.

<sup>c</sup> En conséquence, je conclurais qu’en vertu du pouvoir déclaratoire et de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, les relations de travail des employés d’Ontario Hydro qui participent à la production d’énergie nucléaire, laquelle se rattache à l’intérêt fédéral dans l’énergie atomique, constituent une partie intégrante et essentielle de la compétence fédérale, tel que décidé dans des arrêts antérieurs comme ceux de la trilogie, relativement à d’autres activités intégrées se rattachant à des ouvrages déclarés à l’avantage général du Canada.

<sup>d</sup> Les tribunaux d’instance inférieure et les parties au présent pourvoi qui défendent la compétence fédérale sur les relations de travail se sont fondés sur la décision de la Haute Cour de justice de l’Ontario *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862. Mon collègue examine en profondeur les faits et la décision rendue dans cette affaire, qui confirme la compétence que le Parlement possède sur l’énergie atomique en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement, ainsi que la compétence qui en résulte en matière de relations de travail; toutefois, mon collègue cherche à

the issue of jurisdiction over labour relations was conceded by the parties; and (iv) it does not accord with decisions of this Court which have indicated that federal and provincial powers must accommodate one another to the extent possible.

Responding to the first ground of distinction, with respect, I see nothing in *Pronto* which is inconsistent with this Court's decision in *Crown Zellerbach*. While I agree that *Crown Zellerbach* set a high threshold for finding jurisdiction under the national concern branch of p.o.g.g., I think that atomic energy meets that threshold, as does Iacobucci J. when he states at p. 425 that "there is no dispute that Parliament has jurisdiction over atomic energy under the national concern branch of the p.o.g.g. power". Where I understand my colleague to disagree with the holding in *Pronto*, based on the subsequent jurisprudence of this Court, is the question of whether labour relations are integral to a great enough extent to Parliament's p.o.g.g. jurisdiction to merit recognition. If they are not, then the p.o.g.g. jurisdiction cannot be allowed to so entrench on provincial jurisdiction. I do not understand my colleague to claim that where such jurisdiction is integral, the scale of impact must nevertheless be reconcilable with provincial jurisdiction. Given my position that labour relations are integral to Parliament's p.o.g.g. jurisdiction, I do not see that anything in *Pronto* fails to satisfy the high threshold in *Crown Zellerbach*.

On the second and third grounds, the fact that the parties did not dispute the issue, and that

en restreindre la force persuasive pour quatre motifs: (i) cette décision a été rendue avant l'arrêt de notre Cour *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, (ii) sa conclusion n'est pas justifiée par quelque motif que ce soit, (iii) les parties reconnaissaient la compétence sur les relations de travail, et (iv) elle n'est pas compatible avec les arrêts dans lesquels notre Cour a indiqué que les pouvoirs fédéraux et provinciaux doivent composer l'un avec l'autre dans la mesure du possible.

Quant au premier motif de distinction, en toute déférence, je ne vois rien, dans la décision *Pronto*, qui soit incompatible avec l'arrêt *Crown Zellerbach* de notre Cour. Bien que je reconnaisse que l'arrêt *Crown Zellerbach* établit un critère sévère pour établir la compétence en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, je suis d'avis que l'énergie atomique satisfait à ce critère, comme l'estime le juge Iacobucci lorsqu'il affirme à la p. 425 qu'«on ne conteste pas que le Parlement a compétence sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement». Si je comprends bien, le point sur lequel mon collègue n'est pas d'accord avec la décision *Pronto*, compte tenu de la jurisprudence subséquente de notre Cour, est la question de savoir si les relations de travail font suffisamment partie intégrante de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement pour être reconnues. Dans la négative, on ne saurait permettre que la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement empiète ainsi sur la compétence provinciale. Je ne crois pas que mon collègue affirme que, dans l'affirmative, l'incidence de cette compétence doit néanmoins être compatible avec la compétence provinciale. Puisque je suis d'avis que les relations de travail font partie intégrante de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, je ne vois rien dans la décision *Pronto* qui ne satisfait pas au critère sévère établi dans *Crown Zellerbach*.

Quant aux deuxième et troisième motifs, le fait que les parties n'aient pas contesté la question et

McLennan J. did not, therefore, need to detail his reasoning does not mean that the decision is wrong: McLennan J. could not have accepted the parties' concessions on the very question before him (the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board) if he was of the view that Parliament did not have jurisdiction over labour relations as part of its p.o.g.g. jurisdiction. In fact, his concise reasoning with respect to what must necessarily be included in Parliament's jurisdiction over labour relations over atomic energy was based on the *Stevedoring* case, and McLennan J. even expressed his holding in a paraphrase of the words of Rand J. in that decision.

Finally, on the fourth ground, the precise accommodation to be worked out between the federal and provincial governments is the issue in this appeal, and in my view, the division of authority I arrive at, which is the same as that found by McLennan J., respects this accommodation, for the reasons I have outlined above.

Therefore, while this Court is by no means bound by the decision in *Pronto*, the judgment is not entirely without persuasive force, presaging as it does the close link between Parliament's interests in regulating nuclear energy and its interest in regulating the labour relations of those involved in the production of nuclear energy.

An instructive contrast is provided by this Court's decision in *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. Four B was an Ontario corporation operating a factory on a Mohawk Indian reserve, pursuant to a licence issued by the Minister of Indian Affairs and Northern Development under the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. The company was privately owned and operated by four members of the Band, in a building leased from the Band Council. Of Four B's 68 employees, 48 were Band members, 10 were former Band members, and 10 were non-Indians. The respondent union

que le juge McLennan n'ait donc pas eu à préciser son raisonnement ne rend pas la décision erronée pour autant: le juge McLennan n'aurait pu accepter les concessions des parties sur la question même dont il était saisi (savoir la compétence de la Commission des relations de travail de l'Ontario) s'il avait été d'avis que le Parlement n'avait pas compétence sur les relations de travail dans le cadre de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. En fait, son raisonnement concis relativement à ce qui doit nécessairement faire partie de la compétence fédérale sur les relations de travail dans le domaine de l'énergie atomique était fondé sur l'*Affaire des débardeurs*, et le juge McLennan a même formulé sa conclusion en paraphrasant le juge Rand dans cette décision.

Enfin, en ce qui concerne le quatrième motif, ce qui est soulevé dans le présent pourvoi c'est la question du compromis précis auquel les gouvernements fédéral et provincial doivent parvenir et, à mon avis, le partage des compétences auquel j'arrive, qui est le même que celui auquel conclut le juge McLennan, respecte ce compromis pour les motifs que j'ai exposés plus haut.

En conséquence, bien que notre Cour ne soit aucunement liée par la décision *Pronto*, cette dernière n'est pas entièrement dépourvue de force persuasive, du fait qu'elle laisse présager l'existence d'un lien étroit entre les intérêts du Parlement dans la réglementation de l'énergie nucléaire et son intérêt dans la réglementation des relations de travail des personnes qui participent à la production de l'énergie nucléaire.

L'arrêt de notre Cour *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, présente un contraste intéressant. Four B était une société ontarienne exploitant une usine sur une réserve indienne Mohawk, conformément à un permis délivré par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien en vertu de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6. La compagnie appartenait à quatre membres de la bande, qui l'exploitaient dans un édifice loué du conseil de bande. Four B employait 68 personnes, dont 48 membres de la bande, 10 anciens membres et 10 non-Indiens. Le syndicat intimé

was certified as the bargaining agent for the employees under the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, but Four B objected to the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board to make the certification order. Four B asserted that labour relations at the company were within the exclusive jurisdiction of Parliament, pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

Beetz J., for the majority of the Court, rejected Four B's submission. He began by stating the principles applicable in *Four B*, based on the jurisprudence of this Court (at p. 1045):

With respect to labour relations, exclusive provincial legislative competence is the rule, exclusive federal competence is the exception. The exception comprises, in the main, labour relations in undertakings, services and businesses which, having regard to the functional test of the nature of their operations and their normal activities, can be characterized as federal undertakings, services or businesses. . . .

Applying these principles to Four B, Beetz J. concluded (at p. 1046):

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. [Emphasis added.]

This focus on the nature of the activity involved and the operational nature of the business, instead of on the external trappings of the business, is equally apt in the case of Ontario Hydro's nuclear facilities. With respect, Iacobucci J.'s reliance on the fact that Ontario Hydro, as a whole, is a provincial undertaking fails to appreciate the nature of the activity involved in, and the operational nature

était accrédité comme agent négociateur des employés en vertu de la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, ch. 232, mais Four B était d'avis que la Commission des relations de travail de l'Ontario n'était pas compétente pour rendre l'ordonnance d'accréditation. Four B soutenait que les relations de travail au sein de la compagnie relevaient de la compétence exclusive du Parlement, conformément au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Beetz, s'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, a rejeté l'argument de Four B. Il commence par formuler les principes applicables dans *Four B*, en se fondant sur la jurisprudence de notre Cour (à la p. 1045):

En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l'exception. L'exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d'entreprises, de services ou d'affaires de compétence fédérale. . . .

Appliquant ces principes à Four B, le juge Beetz conclut (à la p. 1046):

Rien dans l'affaire ou l'exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale: la couture d'empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l'entreprise par des actionnaires indiens, ni l'embauchage par cette entreprise d'une majorité d'employés indiens, ni l'exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d'un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d'effet sur la nature de l'exploitation de cette entreprise. [Je souligne.]

L'accent mis sur la nature de l'activité concernée et sur la nature de l'exploitation de l'entreprise, par opposition à l'aspect extérieur de l'entreprise, est également approprié dans le cas des établissements nucléaires d'Ontario Hydro. En toute déférence, lorsqu'il affirme que, dans l'ensemble, Ontario Hydro est une entreprise provinciale, le juge Iacobucci ne tient pas compte de la

of, Ontario Hydro's nuclear facilities in particular. Unlike the situation in *Four B*, producing nuclear energy is not an "ordinary industrial activity" which is only incidentally carried on by federally regulated persons. Instead, the activity itself is within the federal legislative domain. Similarly, the "operational nature" of the business of producing nuclear energy directly engages Parliament's interest in controlling and supervising the application and use of atomic energy. As in *Four B*, then, the provincial trappings of Ontario Hydro's nuclear facilities should not mask their essentially federal operational nature.

### C. *The Effect of Section 92A(1)(c)*

Ontario Hydro and the intervenors supporting its position argue as if the federal government were seeking jurisdiction over the labour relations of all Ontario Hydro employees, simply because some Ontario Hydro employees are engaged in the production of nuclear energy. If this were the case, I would agree that Ontario Hydro's status as "a provincial undertaking" was relevant, and that s. 92A(1)(c) operates to foreclose such a result. Provincial jurisdiction over all aspects of the majority of Ontario Hydro's operations, pursuant to s. 92A(1)(c), remains undisturbed by my holding in this case that the labour relations of those employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy are federally regulated.

This is how I would respond to concerns that s. 92A(1)(c) be given some meaning in this case. Only those employees actually employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy are federally regulated. In his affidavit, Arvo Niitenberg, Ontario Hydro's Senior Vice-President of Operations, explains that generating electricity requires a source of energy, a turbine, and a generator. The source of energy at nuclear facilities is a nuclear fission reaction, which generates heat energy, which is then used to

nature de l'activité en cause ni, en particulier, de la nature de l'exploitation des établissements nucléaires d'Ontario Hydro. Contrairement à la situation qui existait dans *Four B*, la production d'énergie nucléaire n'est pas une «activité industrielle ordinaire» exercée seulement fortuitement par des personnes assujetties à la réglementation fédérale. L'activité elle-même relève de la compétence législative fédérale. De même, la «nature de l'exploitation» de l'entreprise de production d'énergie nucléaire fait intervenir directement l'intérêt fédéral dans le contrôle et la surveillance des applications et usages de l'énergie atomique. Comme dans l'arrêt *Four B*, l'aspect provincial des établissements nucléaires d'Ontario Hydro ne devrait pas masquer la nature essentiellement fédérale de leur exploitation.

### d C. *L'effet de l'al. 92A(1)c)*

Ontario Hydro et les intervenants en sa faveur se comportent comme si le gouvernement fédéral cherchait à obtenir compétence sur les relations de travail de tous les employés d'Ontario Hydro, simplement parce que certains employés d'Ontario Hydro travaillent à la production d'énergie nucléaire. Si tel était le cas, j'accepterais que le statut d'«entreprise provinciale» d'Ontario Hydro est pertinent et que l'al. 92A(1)c) s'applique de manière à empêcher ce résultat. Ma conclusion, en l'espèce, que les relations de travail des personnes employées dans le cadre des centrales nucléaires sont assujetties à la réglementation fédérale ne change rien à la compétence que possède la province sur tous les aspects de la majorité des activités d'Ontario Hydro, conformément à l'al. 92A(1)c).

C'est ainsi que je répondrais aux inquiétudes que l'on donne une certaine interprétation à l'al. 92A(1)c) en l'espèce. Seules les personnes employées dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire sont assujetties à la réglementation fédérale. Dans son affidavit, le vice-président directeur des opérations d'Ontario Hydro, Arvo Niitenberg, explique que la production d'électricité exige une source d'énergie, une turbine et un générateur. Dans les établissements nucléaires, la source d'énergie est une réaction de

turn water into steam. That steam drives the turbine, which spins the generator, which produces the electricity by means of an electromagnet and wire coils. The affidavit makes it clear that, once the steam is produced, there is no difference between thermal (i.e., fossil-fuel) and nuclear electrical generation. Although I would leave it to the Ontario Labour Relations Board to exclude those particular employees from its jurisdiction who are covered by the *Canada Labour Code*, in general terms I am of the view that it is only those employees involved in the first of the three parts of the generation phase who would be federally regulated. That is, those employees engaged in using nuclear reactors to generate heat energy would be covered by the federal legislation, while those who are involved with using that heat energy to run the turbine, which in turn runs the generator, would be provincially regulated. The former employees are employed in the production of nuclear (heat) energy, and come under federal jurisdiction under both the declaratory and p.o.g.g. powers; the latter employees are employed in the production of electricity, and the management of their activities falls to the provinces under s. 92A(1)(c).

It appears to me that Ontario Hydro's facilities where nuclear power is used actually involve two plants: one for the production of nuclear (heat) energy, and another for the generation of electricity using that heat energy. Once the heat energy is produced, it matters little how it was produced for the rest of the generation phase. As the parties have not, unfortunately, presented detailed evidence of job classifications and descriptions at Ontario Hydro's nuclear facilities, I would leave the precise details to the appropriate Labour Relations Boards. The Ontario Labour Relations Board in this case did not indicate that it foresaw any difficulty in making such a determination, should its

fission nucléaire qui produit une énergie thermique qui transforme ensuite l'eau en vapeur. Cette vapeur actionne la turbine qui fait tourner le générateur qui produit ensuite l'électricité au moyen d'un électro-aimant et de bobines de fil métallique. Cet affidavit établit clairement qu'une fois l'eau transformée en vapeur, il n'y a aucune différence entre la production d'énergie électrothermique (par combustible fossile) et la production d'énergie électronucléaire. Même si je laisserais à la Commission des relations de travail de l'Ontario le soin de soustraire à sa compétence ces employés particuliers qui sont régis par le *Code canadien du travail*, je suis généralement d'avis que ce sont seulement les employés qui participent à la première des trois étapes de la production d'énergie électrique qui seraient assujettis à la réglementation fédérale. Autrement dit, les employés qui utilisent les réacteurs nucléaires pour produire l'énergie thermique seraient visés par les lois fédérales, alors que ceux qui utilisent l'énergie thermique pour actionner la turbine qui, à son tour, fait tourner le générateur seraient assujettis à la réglementation provinciale. Dans le premier cas, les employés travaillent à la production d'énergie nucléaire (thermique) et relèvent de la compétence fédérale tant en vertu du pouvoir déclaratoire que de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement; dans le deuxième cas, les employés travaillent à la production d'électricité, et la gestion de leurs activités relève des provinces en vertu de l'al. 92A(1)c).

Il me semble que les installations d'Ontario Hydro où est utilisée l'énergie nucléaire comportent en fait deux usines: une pour la production d'énergie nucléaire (thermique) et l'autre pour la production d'électricité au moyen de cette énergie thermique. Une fois produite l'énergie thermique, la façon dont elle a été produite revêt peu d'importance pour le reste de la phase de production d'électricité. Comme les parties n'ont malheureusement pas présenté d'éléments de preuve détaillés concernant les classifications et les descriptions de postes dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro, il appartiendra aux commissions des relations de travail compétentes de donner les détails à ce sujet. En l'espèce, la Commission des relations



decision as to its jurisdiction be upheld on judicial review.

#### D. Other Factors

##### (a) Laches

It was suggested by parties and interveners supporting provincial jurisdiction in this appeal that the failure of the federal government to actually regulate the labour relations of Ontario Hydro employees involved in the production of nuclear energy should weaken its present claim that federal jurisdiction over labour relations is integral to the federal regulation of atomic energy.

There is no doctrine of laches in constitutional division of powers doctrine; one level of government's failure to exercise its jurisdiction, or failure to intervene when another level of government exercises that jurisdiction, cannot be determinative of the constitutional analysis. In this respect, I would adopt the statement of Reed J. in *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1985] 2 F.C. 472 (T.D.), at p. 488:

The fact that constitutional jurisdiction remains unexercised for long periods of time or is improperly exercised for a long period of time, however, does not mean that there is thereby created some sort of constitutional squatters rights. (Refer: *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032 for a case in which unconstitutional action had remained unchallenged for ninety years.)

I do not understand any of the parties or interveners to suggest that any form of the doctrine of laches applies. At best, the failure of the federal government to exercise its jurisdiction weakens the factual argument that such federal jurisdiction is necessary, but does not dispose of it.

de travail de l'Ontario n'a pas indiqué qu'elle prévoyait qu'il lui serait difficile de le faire dans le cas où sa décision relative à sa compétence serait confirmée à la suite d'un contrôle judiciaire.

#### D. Autres facteurs

##### a) Le manque de diligence

Les parties et les intervenants en faveur de la compétence provinciale en l'espèce ont laissé entendre que l'omission du gouvernement fédéral de vraiment réglementer les relations de travail des employés d'Ontario Hydro qui participent à la production d'énergie nucléaire devrait enlever de la force à sa prétention actuelle que la compétence fédérale sur les relations de travail fait partie intégrante de la réglementation fédérale de l'énergie atomique.

Il n'existe aucune théorie du manque de diligence en matière de partage constitutionnel des compétences; l'omission d'un palier de gouvernement d'exercer sa compétence, ou l'omission d'intervenir lorsqu'un autre palier de gouvernement exerce cette compétence, ne saurait être déterminante en ce qui concerne l'analyse constitutionnelle. À cet égard, je ferais miens les propos du juge Reed dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1985] 2 C.F. 472 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 488:

Le fait qu'une compétence constitutionnelle n'est pas exercée pendant de longues périodes, ou est irrégulièrement exercée, ne signifie pas que s'opère par le fait même une forme de prescription acquisitive. (Voir *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, pour une affaire dans laquelle un comportement inconstitutionnel demeura incontesté pendant quatre-vingt-dix ans.)

Si je comprends bien, aucune partie ni aucun intervenant ne laisse entendre qu'une forme quelconque de la théorie du manque de diligence s'applique. Au mieux, l'omission du gouvernement fédéral d'exercer sa compétence affaiblit l'argument factuel que cette compétence fédérale est nécessaire, sans toutefois régler la question.

However, just because labour relations have been successfully regulated under provincial law up to this challenge does not mean that authority to regulate them should be left there for the sake of expediency. Similarly, the hypothesis that a provincial labour relations regime could respond to safety concerns as well as a federal regime, does not dispose of the question of which level of government should respond to such concerns.

(b) Problems of Divided Jurisdiction

It is important to remember the words of Estey J. in the 1983 *Northern Telecom* decision, *supra*, at p. 760, that this Court is not concerned “with the question of relative efficiency as between the assignment of the labour relations here in question to the federal or the provincial jurisdiction”. To similar effect are the comments of McIntyre J., for the Court, in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at p. 334: “. . . it is not for this Court to consider the desirability of legislation from a social or economic perspective where a constitutional issue is raised”. McIntyre J. also quoted Laskin C.J. in *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, who wrote at p. 76:

They [governments] are entitled to expect that the Courts, and especially this Court, will approach the task of appraisal of the constitutionality of social and economic programmes with sympathy and regard for the serious consequences of holding them *ultra vires*. Yet, if the appraisal results in a clash with the Constitution, it is the latter which must govern.

In this case, Galligan J.A., and the parties and interveners supporting provincial jurisdiction, argued that “it would make no labour relations sense” to divide Ontario Hydro’s labour relations between those employees engaged in the production of nuclear energy, and those employed in the other aspects of the generation phase, as well as the transmission and distribution phases. While

Toutefois, le simple fait que les relations de travail aient été régies avec succès par le droit provincial jusqu’à la présente contestation ne signifie pas que le pouvoir de les régir devrait être laissé aux provinces pour des motifs de commodité. De même, l’hypothèse selon laquelle un régime provincial de relations de travail pourrait aussi bien répondre aux préoccupations en matière de sécurité qu’un régime fédéral, ne règle pas la question de savoir quel palier de gouvernement devrait répondre à de telles préoccupations.

b) Problèmes de compétence partagée

Il importe de se rappeler les propos du juge Estey dans l’arrêt *Northern Telecom* de 1983, précité, à la p. 760, où il dit que notre Cour n’a pas à se préoccuper «des conséquences pratiques de l’attribution de ces relations de travail à la compétence fédérale ou à la compétence provinciale». Le juge McIntyre, s’exprimant au nom de notre Cour, a également fait des commentaires similaires dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, à la p. 334: «. . . il n’appartient pas à cette Cour d’examiner le caractère souhaitable d’une loi d’un point de vue social ou économique lorsqu’une question constitutionnelle est soulevée». Le juge McIntyre a également cité le juge en chef Laskin dans l’arrêt *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, qui a dit, à la p. 76:

Ils [les gouvernements] sont en droit de s’attendre que les tribunaux, et particulièrement cette Cour, abordent la tâche de déterminer la constitutionnalité des programmes sociaux et économiques avec compréhension et en étant pleinement conscients des graves conséquences de les déclarer *ultra vires*. Mais si après examen il est jugé qu’ils vont à l’encontre de la Constitution, c’est cette dernière qui doit l’emporter.

En l’espèce, le juge Galligan ainsi que les parties et les intervenants en faveur de la compétence provinciale ont soutenu qu’[TRADUCTION] «il ne serait pas logique du point de vue des relations de travail» de diviser les relations de travail au sein d’Ontario Hydro entre les employés qui travaillent à la production d’énergie nucléaire, et ceux qui travaillent dans le cadre des autres activités de la

this is no doubt a concern, given my finding that Parliament has jurisdiction over the labour relations of these employees, it cannot be allowed to be a determinative one.

I am confident that the Ontario Labour Relations Board is capable of determining which employees fall under its jurisdiction, as was the Board itself. Labour lawyers have worked out much more complicated matters than divided jurisdiction within Ontario Hydro's nuclear generating facilities.

### III. Disposition

I would dismiss the appeals, and confirm the order of the Court of Appeal reinstating the decision of the Ontario Labour Relations Board, and declaring that the *Canada Labour Code* does apply to employees of Ontario Hydro who are employed on or in connection with those nuclear facilities that come under s. 18 *AECA*. I would make no order as to costs.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J. — The issue in these appeals is whether the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, or the federal Act, the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, constitutionally applies to govern the labour relations between Ontario Hydro and its employees at Hydro's nuclear electrical generating stations.

### Background

Ontario Hydro, a provincially owned corporation established for the purpose of generating and distributing electric power, produces electric power through 81 electrical generating stations of which five are nuclear generating stations. The Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees applied for certification pursuant to the Ontario *Labour Relations Act* as exclu-

phase de production d'électricité et des phases de transmission et de distribution. Il s'agit certes d'une préoccupation; toutefois, puisque j'ai conclu que le Parlement a compétence sur les relations de travail de ces employés, il ne saurait s'agir d'une préoccupation déterminante.

Je suis persuadé que la Commission des relations de travail de l'Ontario est en mesure de déterminer quels employés relèvent de sa compétence, tout comme elle l'était elle-même. Les avocats en droit du travail ont réglé des questions beaucoup plus complexes que celle de la compétence partagée au sein des centrales nucléaires d'Ontario Hydro.

### III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel qui rétablit la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario et qui déclare que le *Code canadien du travail* s'applique aux employés d'Ontario Hydro qui travaillent dans le cadre des établissements nucléaires visés par l'art. 18 *LCEA*. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST — Les présents pourvois visent à déterminer si la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, ou la loi fédérale, le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, s'applique, du point de vue constitutionnel, aux relations de travail entre Ontario Hydro et ses employés qui travaillent dans ses centrales nucléaires.

### Le contexte

Ontario Hydro, une société appartenant à la province d'Ontario, constituée pour produire et distribuer de l'énergie électrique, produit de l'énergie électrique grâce à 81 centrales dont cinq sont des centrales nucléaires. La Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees («Société») a, conformément à la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, présenté une demande

sive bargaining agent for a unit of employees of Ontario Hydro, including those employed at the nuclear plants. Another group of employees, the Coalition to Stop the Certification of the Society, challenged the application on the ground that the employees who worked at the nuclear generating stations fell within the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board established under the *Canada Labour Code*. The Ontario Labour Relations Board held it had no jurisdiction to certify the bargaining unit in the Society's application because the unit included employees who worked at the nuclear generating station, which in its view were governed by the *Canada Labour Code*: [1988] OLRB Rep. Feb. 187. This decision was quashed by the Ontario Divisional Court (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044, but was reinstated by a majority of the Ontario Court of Appeal (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014. Leave was sought and granted to appeal to this Court, [1991] 3 S.C.R. x. The Chief Justice stated the following constitutional question:

Does the *Labour Relations Act* of Ontario, R.S.O. 1980, c. 228 [now R.S.O. 1990, c. L.2], or the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, constitutionally apply to the matter of labour relations between Ontario Hydro and those of its employees who are employed in Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations which have been declared to be for the general advantage of Canada under s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16?

As in the courts below, those who supported federal jurisdiction relied on Parliament's power to declare works, although wholly situate within a province, to be for the general advantage of Canada (ss. 92(10)(a) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*), and its general power to legislate for the peace, order and good government of Canada in the opening words of s. 91 of that Act. I note that all works and undertakings constructed "for the production, use and application of atomic energy" were declared works for the general advantage of Canada by s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16, and none of the parties contests that Ontario Hydro's nuclear facili-

d'accréditation comme agent négociateur exclusif d'une unité d'employés d'Ontario Hydro, dont ceux des centrales nucléaires. Cette demande a été contestée par un autre groupe d'employés, la Coalition to Stop the Certification of the Society, pour le motif que les employés des centrales nucléaires relevaient de la compétence du Conseil canadien des relations du travail, établi en vertu du *Code canadien du travail*. La Commission des relations de travail de l'Ontario a statué qu'elle n'avait pas compétence pour accréditer l'unité de négociation visée par la demande de la Société parce que l'unité proposée comprenait des employés de centrales nucléaires qui, à son avis, étaient régis par le *Code canadien du travail*: [1988] OLRB Rep. Feb. 187. Cette décision a été annulée par la Cour divisionnaire de l'Ontario (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044, mais a, par la suite, été rétablie par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi demandée, [1991] 3 R.C.S. x. Le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228 [maintenant L.R.O. 1990, ch. L.2], ou le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, s'appliquent-ils, du point de vue constitutionnel, aux questions de relations du travail entre Ontario Hydro et ceux de ses employés qui travaillent dans ses centrales nucléaires qui ont été déclarées à l'avantage général du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16?

Tout comme ce fut le cas devant les juridictions inférieures, les tenants de la compétence fédérale se sont fondés sur le pouvoir du Parlement de déclarer que des ouvrages, bien qu'entièrement situés dans la province, sont à l'avantage général du Canada (al. 92(10)a) et par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), de même que sur son pouvoir général de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, que l'on trouve dans le préambule de l'art. 91 de cette loi. Je souligne que tous les ouvrages et entreprises destinés «à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique» ont été déclarés à l'avantage général du Canada par l'art. 18 de la *Loi sur le*

ties fall within the ambit of the declaration. The appellants argue, however, that this does not bring within Parliament's jurisdiction the labour relations at those facilities, about which it has purported to legislate under the *Canada Labour Code*, which by the combined effect of ss. 2(h) and 4 applies to works and undertakings within the legislative authority of Parliament, including works declared to be for the general advantage of Canada.

Those who supported provincial jurisdiction relied on the province's traditional power under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* to exclusively make laws in relation to local works and undertakings (s. 92(10)), property and civil rights (s. 92(13)), and matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), but they placed especial reliance on s. 92A(1) (enacted by the *Constitution Act, 1982*, s. 50), which empowers the provinces to exclusively make laws in relation to non-renewable natural resources, forestry resources, and electrical energy, and specifically on s. 92A(1)(c), which reads as follows:

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

. . .

(c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

Ontario Hydro, while conceding that it was not a Crown agent, also argued that it should be immune from federal regulation because it was a provincial instrumentality set up to advance provincial purposes.

Justice Iacobucci (who fully sets forth the facts, judicial history and relevant legislation) is of the view that Parliament has exclusive jurisdiction under its declaratory power and the general power

*contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16, et que les parties ne contestent pas que les établissements nucléaires d'Ontario Hydro sont visés par cette déclaration. Cependant, les appellants soutiennent que cela ne fait pas pour autant relever de la compétence du Parlement les relations de travail dans ces établissements, sur lesquelles il a apparemment légiféré en vertu du *Code canadien du travail* qui, de par l'effet conjugué de son al. 2h) et de son art. 4, s'applique aux ouvrages et entreprises relevant de la compétence législative fédérale, y compris les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada.

Les tenants de la compétence provinciale se sont fondés sur la compétence exclusive traditionnelle que la province possède, en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour légiférer relativement aux ouvrages et entreprises d'une nature locale (par. 92(10)), à la propriété et aux droits civils (par. 92(13)), et aux matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)); toutefois, ils se sont fondés plus particulièrement sur le par. 92A(1) (adopté dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 50), qui confère aux provinces la compétence exclusive pour légiférer relativement aux ressources naturelles non renouvelables, aux ressources forestières et à l'énergie électrique, et spécialement sur l'al. 92A(1)c) dont voici le texte:

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

g

. . .

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

h

Ontario Hydro, tout en reconnaissant qu'elle n'était pas un mandataire de la Couronne, a également soutenu qu'elle ne devrait pas être assujettie à la réglementation fédérale parce qu'elle est un instrument provincial établi pour promouvoir des fins provinciales.

i

Le juge Iacobucci (qui expose en détail les faits, l'historique judiciaire et les dispositions législatives pertinentes) est d'avis que le Parlement possède, en vertu de son pouvoir déclaratoire et de la

j

under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* over some aspects of the nuclear generating facilities, but that the control of labour relations at these facilities is not integral to Parliament's effective regulation of these facilities, and in consequence are governed as a provincial matter under the *Labour Relations Act*. The Chief Justice, on the other hand, is of the view that the power to regulate the labour relations of those employed at these facilities for the production of nuclear energy is integral to Parliament's declaratory and general power. For the reasons that follow, I agree with the conclusion reached by the Chief Justice. In my view, the regulation of the labour relations of employees engaged in the production of nuclear energy falls within the exclusive powers granted to Parliament under the combined effect of the opening and closing words and head (29) of s. 91, and s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. I shall first discuss the declaratory power.

### The Declaratory Power

Section 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* authorizes Parliament to declare local works (which by s. 92(10) would otherwise fall within provincial power) to be for the general advantage of Canada. When such a declaration is made, any work subject to the declaration falls, by virtue of s. 91(29), within the legislative jurisdiction of Parliament. The effect of the declaration is the same as if such work was expressly enumerated in s. 91; see *City of Montreal v. Montreal Street Railway Co.*, [1912] A.C. 333, at p. 342. This is scarcely surprising. The opening and closing words of s. 91 make it clear that (notwithstanding anything in the Act) Parliament's exclusive legislative authority extends to such classes of subjects as are expressly excepted from the provincial enumeration of powers, including, of course, those specified in s. 92(10)(c); see also *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 (*Bell Canada* 1966), at pp. 771-72, per Martland J. for the Court. A work subject to a dec-

compétence générale que lui confère l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une compétence exclusive sur certains aspects des centrales nucléaires, mais que le contrôle des relations de travail dans ces centrales ne fait pas partie intégrante de la réglementation de ces établissements par le Parlement, et que ces relations de travail sont donc régies comme une matière de nature provinciale en vertu de la *Loi sur les relations de travail*. Par contre, le Juge en chef est d'avis que le pouvoir de réglementer les relations de travail des employés de ces établissements qui travaillent à la production d'énergie nucléaire fait partie intégrante du pouvoir déclaratoire et de la compétence générale du Parlement. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la conclusion du Juge en chef. À mon avis, la réglementation des relations de travail des employés qui travaillent à la production d'énergie nucléaire relève des pouvoirs exclusifs que possède le Parlement en vertu de l'effet conjugué du préambule et de la clause finale de l'art. 91, du par. 91(29) et de l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je vais d'abord analyser le pouvoir déclaratoire.

### Le pouvoir déclaratoire

L'alinéa 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement à déclarer que des ouvrages d'une nature locale (qui, en vertu du par. 92(10), relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale) sont à l'avantage général du Canada. Tout ouvrage visé par une telle déclaration relève, en vertu du par. 91(29), de la compétence législative du Parlement. Cette déclaration a le même effet que si l'ouvrage qui en fait l'objet se trouvait expressément énuméré à l'art. 91; voir *City of Montreal c. Montreal Street Railway Co.*, [1912] A.C. 333, à la p. 342. Cela n'est guère étonnant. Le préambule et la clause finale de l'art. 91 disent clairement que (nonobstant toute disposition de la Loi) la compétence législative exclusive du Parlement s'étend aux catégories de sujets expressément exclus de l'énumération des sujets de compétence provinciale, y compris bien entendu ceux qui sont mentionnés à l'al. 92(10)c); voir aussi *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 (*Bell Canada* 1966),

laration thus falls within the exclusive legislative power of Parliament, and provincial jurisdiction over the work is ousted; see *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202, at p. 207. Laws of general application in the province (such as taxation) will, of course, apply to the work, but these cannot touch an integral part of Parliament's jurisdiction over the work. The province cannot legislate respecting the work *qua* work. As early as 1899, the Privy Council made it clear that classes of subjects expressly excepted from the enumeration of provincial subjects of provincial legislative power (which, of course, includes works subject to a declaration) included the power not only to construct, repair and alter such a work but its management as well; see *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, at pp. 372-73.

The law on the matter has not really changed since then, though it has been subjected to considerable elaboration. Thus, as Iacobucci J. notes, recent authorities underscore that federal jurisdiction over declared works includes jurisdiction to regulate their operations; see *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151, at p. 159; see also *The Queen v. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 341. A declaration incorporates a work as a functioning unit; in Laskin's words, the declaration "must surely be to bring within federal authority not only the physical shell or facility but also the integrated activity carried on therein; in other words, the declaration operates on the work in its functional character"; see *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 629. For my part, I am at a loss to see how one can have exclusive power to operate and manage a work without having exclusive power to regulate the labour relations between management and the employees engaged in that enterprise. That is what this Court has repeatedly stated; see *Bell Canada 1966, supra*, and *Bell*

aux pp. 771 et 772, le juge Martland s'exprimant au nom de la Cour. Un ouvrage qui fait l'objet d'une déclaration relève donc de la compétence législative exclusive du Parlement, et la compétence provinciale sur cet ouvrage se trouve alors écartée; voir *Wilson c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202, à la p. 207. Les lois d'application générale dans la province (comme en matière d'impôt) seront évidemment applicables à l'ouvrage, mais elles ne peuvent toucher une partie intégrante de la compétence du Parlement sur l'ouvrage. La province ne peut légiférer relativement à l'ouvrage en tant qu'ouvrage. Dès 1899, le Conseil privé a clairement affirmé que la compétence sur les catégories de sujets expressément exclus de l'énumération des sujets de compétence législative provinciale (ce qui comprend bien entendu les ouvrages faisant l'objet d'une déclaration) comprenait non seulement le pouvoir de construire, de réparer et de modifier ces ouvrages, mais encore celui de les gérer; voir l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, aux pp. 372 et 373.

Le droit applicable en la matière n'a pas vraiment changé depuis lors, bien qu'il ait fait l'objet de nombreuses précisions. Ainsi, comme le souligne le juge Iacobucci, la jurisprudence récente fait ressortir que la compétence fédérale sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada comprend celle d'en réglementer les activités; voir *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151, à la p. 159; voir aussi l'arrêt *The Queen c. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335 (C.S. Alb., sect. app.), à la p. 341. Une déclaration vise un ouvrage en tant qu'unité de fonctionnement; pour employer les termes de Laskin, la déclaration [TRADUCTION] «doit certainement avoir pour résultat de soumettre à la compétence fédérale non seulement l'enveloppe matérielle ou l'installation, mais également l'activité intégrée qui s'y exerce; autrement dit, la déclaration s'applique à l'ouvrage envisagé sous son angle fonctionnel»; voir *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 1, à la p. 629. Quant à moi, je suis incapable de voir comment on peut posséder le pouvoir exclusif d'exploiter et de gérer un ouvrage sans avoir le pouvoir

*Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (*Bell Canada 1988*), esp. at pp. 839-40. As Beetz J. put it in the latter case, “these are two elements of the same reality” (p. 798).

In my view, most of the issues raised in this case have been fully disposed of by Beetz J. in his characteristically clear and thorough manner in the *Bell Canada 1988* case and its companion cases in the 1988 trilogy (*Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897), but it seems necessary, in light of the argument, to draw attention to those parts of his analysis specifically relevant here. I begin by noting that in the *Bell Canada 1988* case, at p. 825, he approved what he described as the classic statement on the subject by Abbott J. in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedor* case), at p. 592, which reads as follows:

The right to strike and the right to bargain collectively are now generally recognized, and the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures. [Emphasis added by Beetz J.]

I should observe that Beetz J. had earlier very generally described “working conditions” for the purposes of the trilogy as including the conditions of work settled by contracts of employment or collective agreements. As he put it, at pp. 798-99: “working conditions are conditions under which a worker or workers, individually or collectively,

exclusif de régler les relations de travail entre la direction et les employés qui y travaillent. C’est ce que notre Cour a affirmé à maintes reprises; voir les arrêts *Bell Canada 1966*, précité, et *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (*Bell Canada 1988*), particulièrement aux pp. 839 et 840. Comme l’affirme le juge Beetz dans ce dernier arrêt, «ce sont là les deux volets d’une même réalité» (p. 798).

À mon avis, la plupart des questions soulevées en l’espèce ont déjà été entièrement réglées par le juge Beetz, avec le style clair et approfondi qui le caractérise, dans l’arrêt *Bell Canada 1988* et les arrêts connexes de la trilogie de 1988 (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897); toutefois, il semble nécessaire, compte tenu des arguments présentés, d’attirer l’attention sur les parties de son analyse qui sont particulièrement pertinentes en l’espèce. Je tiens tout d’abord à souligner qu’à la p. 825 de l’arrêt *Bell Canada 1988* le juge Beetz approuve ce qu’il décrit comme l’énoncé classique sur le sujet, qui avait été fait par le juge Abbott dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (*l’Affaire des débardeurs*), à la p. 592:

[TRADUCTION] Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matières analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l’administration et de l’exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de régler de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l’autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales. [Souligné par le juge Beetz.]

Je ferais remarquer que le juge Beetz avait déjà, pour les fins de la trilogie, défini d’une manière très générale les «conditions de travail» comme étant les conditions de travail établies par contrat de travail ou convention collective. Comme il l’affirme, aux pp. 798 et 799: «il s’agit des conditions en vertu desquelles un travailleur ou des travail-



provide their services, in accordance with the rights and obligations included in the contract of employment by the consent of the parties or by operation of law, and under which the employer receives those services”.

It is argued, however, that *Bell Canada 1988* and other earlier cases were confined to “undertakings” in s. 92(10)(a) and (b) and not to works in s. 92(10)(c). Simply put, I cannot accept this. I have already observed that the *Bonsecours* case in its terms applied to all the exceptions in s. 92(10). And that is true of several of the cases relied upon by Beetz J. in *Bell Canada 1988*. Thus in *Letter Carriers’ Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178 (cited in *Bell Canada 1988*, at p. 820), Ritchie J. stated at p. 181 that “it has been established that it is not within the competency of a provincial legislature to legislate concerning industrial relations of persons employed in a work, business or undertaking coming within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada” (emphasis added). Similar statements may be found in the *Stevedoring* case, *supra*. Thus Fauteux J., at p. 585 (cited in *Bell Canada 1988*, at p. 825) spoke of “labour operations within this limited field of works, undertakings and businesses as to which the regulation by law is, under the *B.N.A. Act*, committed to the legislative authority of Parliament”. Beetz J. in *Bell Canada 1988*, at pp. 830-31, like Martland J. before him in *Bell Canada 1966*, at pp. 774-75, also relied on Duff J.’s statement in *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505, at p. 511, regarding the federal powers of regulation touching the employment of persons on works or undertakings.

Beetz J. himself makes it clear on at least three occasions (pp. 761-62, 816-17 and 820) that despite the fact that labour relations ordinarily fall within s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (his

leurs, individuellement ou collectivement, effectuent leur prestation de travail, conformément à des droits et obligations inclus au contrat de travail par le consentement des parties ou par la loi, et en vertu desquelles l’employeur reçoit cette prestation».

Cependant, on soutient que l’arrêt *Bell Canada 1988* et d’autres arrêts antérieurs portaient seulement sur les «entreprises» visées aux al. 92(10)(a) et (b) et non sur les ouvrages visés à l’al. 92(10)(c). Je ne puis tout simplement pas accepter ce point de vue. J’ai déjà fait remarquer que l’arrêt *Bonsecours* s’appliquait, de par ses termes, à toutes les exceptions formulées au par. 92(10). C’est également le cas de plusieurs des arrêts sur lesquels le juge Beetz se fonde dans l’arrêt *Bell Canada 1988*. Ainsi, dans l’arrêt *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178 (cité dans *Bell Canada 1988*, à la p. 820), le juge Ritchie affirme, à la p. 181, qu’«il est établi [. . .] qu’il n’est pas du ressort de la législature provinciale de légiférer sur les relations industrielles de personnes employées dans une entreprise [work, business or undertaking] qui relève de l’autorité législative exclusive du Parlement du Canada» (je souligne). On peut trouver des énoncés similaires dans l’*Affaire des débardeurs*, précitée. Ainsi, le juge Fauteux, à la p. 585 (cité dans *Bell Canada 1988*, à la p. 825), parle des [TRADUCTION] «relations ouvrières au sein de ce champ restreint d’ouvrages, entreprises ou affaires dont la réglementation est, d’après l’*A.A.N.B.*, confiée à l’autorité législative du Parlement». À l’instar du juge Martland qui l’avait fait avant lui dans *Bell Canada 1966*, aux pp. 774 et 775, le juge Beetz, dans *Bell Canada 1988*, aux pp. 830 et 831, s’est également fondé sur l’énoncé du juge Duff dans *Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505, à la p. 511, concernant les pouvoirs fédéraux de réglementation touchant l’emploi des personnes travaillant dans des ouvrages ou entreprises.

Le juge Beetz précise lui-même, à au moins trois reprises (aux pp. 761 et 762, 816 et 817, et 820), que, malgré le fait que les relations de travail relèvent ordinairement du par. 92(13) de la *Loi*

“proposition two”) that is not so of works or undertakings legislative jurisdiction over which is vested in Parliament. He says at pp. 761-62:

Notwithstanding the rule stated in proposition two, Parliament is vested with exclusive legislative jurisdiction over labour relations and working conditions when that jurisdiction is an integral part of its primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects, as is the case with labour relations and working conditions in the federal undertakings covered by ss. 91(29) and 92(10)*a*, *b*. and *c*. of the *Constitution Act, 1867*, that is undertakings such as Alltrans Express Ltd., Canadian National and Bell Canada. It follows that this primary and exclusive jurisdiction precludes the application to those undertakings of provincial statutes relating to labour relations and working conditions, since such matters are an essential part of the very management and operation of such undertakings, as with any commercial or industrial undertaking. . . . [Emphasis added.]

I emphasize that Beetz J. there includes s. 92(10)(*c*), i.e., declared works, among those undertakings subject to exclusive federal power. And he continues in the next paragraph (at p. 762):

It should however be noted that the rules stated in this third proposition appear to constitute only one facet of a more general rule: works, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Parliament, are still subject to provincial statutes that are general in their application, whether municipal legislation, legislation on adoption, hunting or the distribution of family property, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction. . . . [Emphasis added.]

I underline that in the last line of this statement Beetz J. explains that provincial laws cannot apply to matters specifically of federal jurisdiction, and that in the previous paragraph he had unequivocally asserted that labour relations are an integral part of Parliament's primary and exclusive juris-

*constitutionnelle de 1867* (sa «deuxième proposition»), ce n'est pas le cas des ouvrages ou entreprises sur lesquels le Parlement se voit conférer la compétence législative. Il affirme, aux pp. 761 et 762:

Par dérogation au principe énoncé dans la deuxième proposition, le Parlement est investi d'une compétence législative exclusive sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi lorsque cette compétence fait partie intégrante de sa compétence principale et exclusive sur une autre catégorie de sujets, comme c'est le cas pour les relations et conditions de travail des entreprises fédérales visées par les par. 91(29) et 92(10)*a*, *b*. et *c*. de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit des entreprises telles Alltrans Express Ltd., les Chemins de fer nationaux et Bell Canada. Il s'ensuit que cette compétence principale et exclusive empêche l'application à ces entreprises des lois provinciales sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi, puisque ces matières forment une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation ou opération même de ces entreprises, comme de toute entreprise commerciale ou industrielle. . . . [Je souligne.]

Je souligne que, dans ce passage, le juge Beetz inclut l'al. 92(10)*c*), soit les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada, parmi les entreprises qui relèvent de la compétence fédérale exclusive. Et d'ajouter dans le paragraphe suivant (à la p. 762):

Il y a lieu de noter cependant que les principes énoncés dans cette troisième proposition ne constituent qu'une facette d'un principe plus général: des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, qu'il s'agisse de lois municipales, de lois sur l'adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale. . . . [Je souligne.]

Je fais remarquer qu'à la dernière ligne de cet énoncé le juge Beetz explique que les lois provinciales ne peuvent s'appliquer à des matières qui relèvent expressément de la compétence fédérale, et qu'au paragraphe précédent il avait clairement affirmé que les relations de travail font partie inté-

diction over matters covered by, *inter alia*, s. 92(10)(c) “declared works”.

These statements are scarcely surprising. As I noted earlier, the legislative jurisdiction conferred over a declared work refers to the work as a going concern or functioning unit, which involves control over its operation and management. And as I recently noted in *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, at p. 78, inevitably “labour relations tribunals impinge upon powers that have traditionally been considered to be management prerogatives”. Labour relations are integral and vital parts of the operation of a work. There is no room for mutual modification of federal and provincial power. A province undoubtedly has power by general legislation to affect the operation of a declared work, but legislation governing labour relations on such works is legislation in relation to that work and falls outside provincial legislative competence; see the reasons of Pratte J.A. (Stone J.A. concurring) in *Shur Gain Division, Canada Packers Inc. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada*, [1992] 2 F.C. 3, at pp. 35-37, and the other Federal Court of Appeal cases there cited. Labour relations are an integral part of Parliament’s exclusive power to legislate in relation to declared works. No evidence is required to establish this.

I add in passing that the current goals of labour relations, upon which my colleague Iacobucci J. places considerable stress, have nothing to do with the source of the legislative power. As I understand it, he argues for provincial power over labour relations from what he perceives to be the primary purpose of labour relations, i.e., the preservation of industrial peace and empowerment of workers. The provinces undoubtedly have a direct interest

grante de la compétence principale et exclusive du Parlement sur les matières visées notamment par les «ouvrages déclarés à l’avantage général du Canada» en vertu de l’al. 92(10)c).

a

Ces énoncés ne sont guère étonnants. Comme je l’ai déjà souligné, la compétence législative sur un ouvrage déclaré à l’avantage général du Canada vise l’ouvrage en tant qu’affaire en marche ou unité de fonctionnement, ce qui comprend le contrôle exercé sur son exploitation et sa gestion. Comme je l’ai récemment fait remarquer dans l’arrêt *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, à la 78, inévitablement «les tribunaux du travail empiètent sur des pouvoirs qui ont traditionnellement été considérés comme des attributions patronales». Les relations de travail constituent une partie intégrante et essentielle de l’exploitation d’un ouvrage. Il ne saurait y avoir de modification mutuelle de pouvoirs fédéraux et provinciaux. Les lois d’application générale habilite indubitablement une province à influencer sur l’exploitation d’un ouvrage déclaré à l’avantage général du Canada; toutefois, les lois régissant les relations de travail au sein de ces ouvrages sont des lois relatives à cet ouvrage et ne relèvent pas de la compétence provinciale; voir les motifs du juge Pratte (auxquels le juge Stone a souscrit) dans l’arrêt *Division Shur Gain, Canada Packers Inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l’automobile, de l’aérospatiale et de l’outillage agricole du Canada*, [1992] 2 C.F. 3, aux pp. 35 à 37, et les autres arrêts de la Cour d’appel fédérale cités dans cette affaire. Les relations de travail font partie intégrante de la compétence exclusive que possède le Parlement pour légiférer relativement aux ouvrages déclarés à l’avantage général du Canada. Aucune preuve n’est nécessaire pour établir cela.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

k

l

m

n

o

p

in such goals in furtherance of their general jurisdiction over property and civil rights, but this general power must give way in specific areas exclusively assigned to the federal Parliament, specifically in relation to federal works, i.e., works falling within federal legislative competence. In legislating on labour relations in this area, Parliament is engaged in regulating the work. In doing so, it may adopt, and indeed, has adopted legislation similar to provincial legislation. But this it does under its legislative power to manage and control the work, and this, of course, affects property and civil rights. The fact that Parliament in operating and controlling federal works adopts labour relations policies that are similar to policies adopted by the provinces does not make these policies fall within property and civil rights within s. 92(13). Beetz J. made it clear that the regulation of labour relations in the exercise of a federal power constitutes an exception to the general provincial power to legislate on the matter as property and civil rights in the province.

It is not necessary for me to engage in a consideration of the possible difference in scope between “undertakings” and “works” for the purposes of the various items in s. 92(10). I mentioned earlier that a work under s. 92(10)(c) means a work as a going concern, and to manage that going concern Parliament must have power to regulate the labour relations between management and labour engaged in operating the work. I see no logical or practical difference in the need for control of the labour relations in the management of an undertaking and in the management of a work as so understood. In that sense, a work is an undertaking, an undertaking, however, that must include a work. Rand J. in the *Stevedoring* case, *supra*, at p. 553, appears to have had this idea in mind in the following statement:

de travail. Les provinces s’intéressent certainement directement à ces objectifs lorsqu’elles exercent leur compétence générale sur la propriété et les droits civils; toutefois, cette compétence générale doit céder le pas dans des domaines précis exclusivement attribués au Parlement fédéral, tout particulièrement en ce qui concerne les ouvrages fédéraux, c’est-à-dire les ouvrages relevant de la compétence législative fédérale. En légiférant sur les relations de travail dans ce domaine, le Parlement se trouve à régler l’ouvrage. Ce faisant, il peut adopter, et il l’a fait, des lois semblables aux lois provinciales. Toutefois, il fait cela en vertu de son pouvoir législatif de gérer et de contrôler l’ouvrage, ce qui touche bien entendu la propriété et les droits civils. L’adoption par le Parlement, dans le cadre de l’exploitation et du contrôle d’ouvrages fédéraux, de politiques en matière de relations de travail semblables à celles adoptées par les provinces ne signifie pas que ces politiques tombent dans la catégorie de la propriété et des droits civils prévue au par. 92(13). Le juge Beetz a clairement indiqué que la réglementation des relations de travail dans le cadre de l’exercice d’une compétence fédérale constitue une exception à la compétence provinciale générale de légiférer sur des matières comme la propriété et les droits civils dans la province.

Je n’ai pas à examiner la différence possible, sur le plan de leur portée, entre les termes «entreprises» et «ouvrages» pour les fins des divers sujets énumérés au par. 92(10). J’ai déjà mentionné qu’un ouvrage au sens de l’al. 92(10)c) signifie un ouvrage en tant qu’affaire en marche et que, pour gérer cette affaire en marche, le Parlement doit avoir le pouvoir de légiférer sur les relations de travail entre la direction et les employés qui exploitent l’ouvrage. Je ne vois aucune différence logique ou pratique en ce qui concerne la nécessité de contrôler les relations de travail dans le cadre de la gestion d’une entreprise et celle de le faire dans le cadre de la gestion d’un ouvrage ainsi défini. En ce sens, un ouvrage est une entreprise, mais une entreprise qui doit inclure un ouvrage. À la page 553 de l’*Affaire des débardeurs*, précitée, le juge Rand paraît avoir eu cette idée en tête lorsqu’il a affirmé ceci:

The former [i.e., declared works], so far as the works themselves are likewise undertakings, would be such as yield some mode of service of a public or quasi-public nature. I see no distinction to be made between them and dominion works and undertakings generally. Undertakings, existing without works, do not appear in 92(10)(c) and cannot be the subject of such a declaration.

This would appear to have been the sense in which Beetz J., in *Bell Canada 1988*, referred to undertakings in s. 92(10)(c) because he knew, of course, that that provision referred to works only. As well, we saw, he relies on numerous statements that refer to both works and undertakings.

In this context, I note that s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, *inter alia*, makes both “works and undertakings . . . for the production, use and application of atomic energy” subject to the declaration. This probably was meant to include matters necessary to the operation of a nuclear facility, and as such would be superfluous. Certainly, it was not meant to cover the whole of the undertaking of Ontario Hydro. The declaration is confined to facilities constructed for the production, use and application of atomic energy, not to those constructed for the production of electrical energy by other means. The precise determination of which persons are employed in one type of facility or the other may, no doubt, give rise to problems of categorization. That issue is not, however, before us, we have no evidence on it, and I refrain from commenting on the matter.

### Specific Arguments

What has already been said is sufficient to dispose of this aspect of the case but I shall attempt to respond to a number of specific arguments made by the appellants.

[TRADUCTION] Pour ce qui est du premier alinéa [c.-à-d. les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada], dans la mesure où les ouvrages eux-mêmes sont aussi des entreprises, il permettrait l'établissement de services d'une nature publique ou quasi-publique. Je ne puis faire aucune distinction entre ceux-ci et les ouvrages et entreprises fédéraux en général. Les entreprises, sans ouvrages, ne figurent pas à l'al. 92(10)c et elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une telle déclaration.

Cela semblerait être le sens dans lequel le juge Beetz a, dans l'arrêt *Bell Canada 1988*, mentionné les entreprises visées à l'al. 92(10)c parce qu'il savait évidemment que cette disposition ne renvoyait qu'aux «ouvrages». De même, comme nous l'avons vu, il se fonde sur de nombreux énoncés où l'on mentionne à la fois les ouvrages et les entreprises.

Dans ce contexte, je souligne que l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* déclare à l'avantage général du Canada «les ouvrages et entreprises destinés [. . .] à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique». Cette déclaration visait probablement à inclure les matières nécessaires à l'exploitation d'un établissement nucléaire et serait, à ce titre, superflue. Elle n'était sûrement pas destinée à viser l'ensemble de l'entreprise d'Ontario Hydro. La déclaration vise seulement les établissements destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique, et non pas ceux destinés à la production d'énergie électrique par d'autres moyens. Il n'y a pas de doute que la détermination précise des personnes qui travaillent dans l'un ou l'autre type d'établissement pose des problèmes de catégorisation. Toutefois, nous n'avons pas été saisis de cette question et nous ne disposons d'aucun élément de preuve sur ce point; je m'abstiendrai donc de faire des commentaires à ce propos.

### Les arguments précis

Ce qui a déjà été dit suffit pour trancher cet aspect de l'affaire; toutefois, je vais tenter de répondre à un certain nombre d'arguments précis avancés par les appelants.

It was argued that the declaratory power must be read narrowly to make it conform to principles of federalism. There is no doubt that the declaratory power is an unusual one that fits uncomfortably in an ideal conceptual view of federalism. But the Constitution must be read as it is, and not in accordance with abstract notions of theorists. It expressly provides for the transfer of provincial powers to the federal Parliament over certain works. That is clearly set forth in the statement of Duff J. in *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, at p. 220, cited by Iacobucci J. at pp. 397-398. This is scarcely an isolated statement. Mignault J. had expressed the same thought in at least as strong terms in the following passage in *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1925] S.C.R. 460, at p. 480:

The power conferred on Parliament to declare that works wholly situate within the province are for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces, is obviously a far-reaching power. Parliament is the sole judge of the advisability of making this declaration as a matter of policy which it alone can decide. And when the power is exercised in conformity with the grant, it vests in Parliament exclusive legislative authority over the local work which it removes from the provincial to the federal field of jurisdiction.

There is no authority supporting the view that the declaratory power should be narrowly construed. Quite the contrary. It might, I suppose, have been possible to interpret s. 92(10)(c) so as to confine it to works related to communications and transportation such as those specifically listed in s. 92(10)(a) and (b) but the courts, including this Court, have never shown any disposition to so limit its operation, and a wide variety of works — railways, bridges, telephone facilities, grain elevators, feed mills, atomic energy and munition factories — have been held to have been validly declared to be for the general advantage of Canada. I note that neither the Chief Justice nor Iacobucci J. have any doubt about this.

On a soutenu que le pouvoir déclaratoire doit être interprété restrictivement de manière à le rendre conforme aux principes du fédéralisme. Il n'y a pas de doute que le pouvoir déclaratoire est un pouvoir exceptionnel qui cadre mal avec une conception abstraite du fédéralisme. Toutefois, la Constitution doit être interprétée telle qu'elle est et non conformément à des notions abstraites de théoriciens. Elle prévoit expressément le transfert au Parlement fédéral de la compétence provinciale sur certains ouvrages. Cela se dégage clairement de l'énoncé du juge Duff dans *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, à la p. 220, cité par le juge Iacobucci, aux pp. 397 et 398. Il ne s'agit guère d'un énoncé isolé. Le juge Mignault avait exprimé la même idée en des termes au moins aussi forts dans *Luscar Collieries Ltd. c. McDonald*, [1925] R.C.S. 460, à la p. 480:

[TRANSLATION] Le pouvoir du Parlement de déclarer que des ouvrages entièrement situés dans la province sont à l'avantage général du Canada ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces est de toute évidence un pouvoir d'une grande portée. Le Parlement est le seul à pouvoir décider s'il convient de faire une telle déclaration dans l'intérêt public, sur lequel il est le seul à pouvoir se prononcer. Lorsque ce pouvoir est exercé conformément à son attribution, il confère au Parlement une compétence législative exclusive sur l'ouvrage local qu'il retire du champ de compétence provinciale.

Il n'existe aucune jurisprudence justifiant le point de vue selon lequel le pouvoir déclaratoire devrait être interprété restrictivement. Bien au contraire. On aurait pu, je suppose, interpréter l'al. 92(10)(c) de façon à en limiter l'application aux ouvrages liés aux communications et aux transports, comme ceux énumérés expressément aux al. 92(10)(a) et (b), mais les tribunaux, y compris notre Cour, ne se sont jamais montrés enclins à en limiter ainsi l'application, et ont jugé que toute une gamme d'ouvrages — chemins de fer, ponts, installations téléphoniques, silos, provenderies, énergie atomique et fabriques de munitions — ont été validement déclarés à l'avantage général du Canada. Je souligne que ni le Juge en chef ni le juge Iacobucci n'ont exprimé de doute sur ce point.

The restricted view advanced here for the first time appears to be based on the danger thought to be posed to the structure of Canadian federalism if the courts do not confine federal power in this area. To begin with, I fail to see how abstracting from Parliament the power to regulate labour relations (which I have observed is necessary for the proper management of a work), while leaving all other regulation of the work to the federal government, does much to advance the federal principle. And I scarcely see the logic of having labour relations in federal undertakings fall within federal legislative power, but not labour relations in federal works. But more fundamentally I think the argument evinces a misunderstanding of the respective roles of law and politics in the specifically Canadian form of federalism established by the Constitution.

I should first of all observe that the declaratory power is not the only draconian power vested in the federal authorities. The powers of disallowance and reservation accorded the federal government by ss. 55-57 and 90 of the *Constitution Act, 1867* give it unrestricted authority to veto any provincial legislation; see *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, *supra*, at p. 210; see also *Reference re Disallowance and Reservation*, [1938] S.C.R. 71. The exercise of this authority is wholly a matter of discretion for the federal government, and in the Reference case just noted, it was stated that the courts are not constitutionally empowered to express an opinion about its exercise (see p. 95); for a similar statement regarding the declaratory power, see *The Queen v. Thumlert*, *supra*. The declaratory and veto powers were frequently used in tandem in the early years following union to accomplish the original constitutional mandate by establishing the authority of the central government and its policies, and in particular to ensure the construction of the intercontinental railway. Later, the declaratory power was effectively used as a tool to regulate the national grain market in

L'interprétation restrictive proposée ici pour la première fois paraît se fonder sur le danger auquel, pense-t-on, serait exposée la structure du fédéralisme canadien si les tribunaux ne limitaient pas la compétence fédérale en la matière. Tout d'abord, je ne vois pas comment le fait de retirer au Parlement le pouvoir de réglementer les relations de travail (qui, comme je l'ai fait observer, est nécessaire à la bonne gestion d'un ouvrage) contribue à l'avancement du principe fédéral, dans la mesure où le gouvernement fédéral conserve le pouvoir de réglementer tous les autres aspects de l'ouvrage. En outre, je ne vois guère en quoi il est logique que les relations de travail dans les entreprises fédérales relèvent de la compétence législative fédérale, mais non celles dans les ouvrages fédéraux. Mais plus fondamentalement, je crois que cet argument reflète une mauvaise compréhension des rôles respectifs du droit et de la politique à l'intérieur du fédéralisme spécifiquement canadien établi par la Constitution.

Je ferais d'abord observer que le pouvoir déclaratoire n'est pas le seul pouvoir draconien conféré aux autorités fédérales. Les pouvoirs de désaveu et de réserve accordés au gouvernement fédéral par les art. 55 à 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* lui confèrent un droit illimité de veto sur toute loi provinciale; voir *Wilson c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, précité, à la p. 210; voir aussi *Reference re Disallowance and Reservation*, [1938] R.C.S. 71. L'exercice de ce droit est laissé à l'entière discrétion du gouvernement fédéral et, dans le renvoi que je viens de mentionner, on a affirmé que la Constitution n'habilite pas les tribunaux à exprimer une opinion au sujet de son exercice (voir p. 95); pour un énoncé similaire concernant le pouvoir déclaratoire, voir la décision *The Queen c. Thumlert*, précitée. Au cours des premières années qui ont suivi l'union, le pouvoir déclaratoire et le droit de veto ont fréquemment été utilisés ensemble pour exécuter le mandat constitutionnel initial par l'établissement de l'autorité du gouvernement central et de ses politiques, et, en particulier, pour assurer la construction du chemin de fer intercontinental. Plus tard, le pouvoir déclaratoire a été utilisé efficacement pour réglementer le marché céréalier national dans le cadre de l'inté-

the pursuit of the constitutional vision of integrating the western region of Canada into the country.

But even in the heady early days when the exercise of these powers was commonplace because of the constitutional mandate to create a single country, their use for other purposes was firmly, and ultimately successfully, challenged. Both powers faded almost into desuetude when these large constitutional and national tasks had been accomplished. The power of disallowance, which had long been in decline, has not been used since 1942. The declaratory power has suffered a similar fate and has been used only twice since the 1960s. It is the very breadth of these powers that protects against their frequent or inappropriate use. It was not the courts but political forces that dictated their near demise. They are, as was said of the power of disallowance, "delicate" and "difficult" powers to exercise and "will always be considered a harsh exercise of power, unless in cases of great and manifest necessity . . ."; see *Severn v. The Queen* (1878), 2 S.C.R. 70, per Richards C.J., at p. 96, and Fournier J., at p. 131. Their inappropriate use will always raise grave political issues, issues that the provincial authorities and the citizenry would be quick to raise. In a word, protection against abuse of these draconian powers is left to the inchoate but very real and effective political forces that undergird federalism.

I see nothing in the statement in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, to the effect that a substantial measure of provincial consent was required before the Constitution could be amended that is in any way at odds with this. For the Court in that case made it clear that it was not within its province to enforce this requirement. It was, it noted, a convention. The enforcement of conventions lies in the political, not the legal field. They can be broken, and the courts have no power to prevent this, but there is a political price to pay. The courts have not engaged in the task of defining the manner in which these broad political bases of Canadian federalism

gration de l'Ouest du Canada au reste du pays, envisagée par la Constitution.

Mais, même à l'époque enthousiaste où l'exercice de ces pouvoirs était courant en raison du mandat constitutionnel de créer un seul pays, on a contesté fermement, et ultimement avec succès, leur utilisation à d'autres fins. Ces deux pouvoirs sont presque tombés en désuétude après l'accomplissement de ces grandes tâches constitutionnelles et nationales. Le pouvoir de désaveu, qui était en déclin depuis longtemps, n'a pas été utilisé depuis 1942. Le pouvoir déclaratoire a connu le même sort et a seulement été utilisé deux fois depuis les années 60. C'est l'ampleur même de ces pouvoirs qui empêche leur utilisation fréquente ou inappropriée. Ce sont non pas les tribunaux mais les forces politiques qui ont dicté leur quasi-abandon. Ce sont, comme on l'a dit du pouvoir de désaveu, des pouvoirs [TRADUCTION] «déliés» et «difficiles» à exercer, qui «seront toujours considérés comme un exercice rigoureux de pouvoir, sauf dans les cas de grande nécessité manifeste . . .»; voir l'arrêt *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70, le juge en chef Richards, à la p. 96, et le juge Fournier, à la p. 131. L'utilisation inappropriée de ces pouvoirs soulèvera toujours de graves questions politiques que les autorités provinciales et l'ensemble des citoyens s'empresseraient de soulever. En un mot, la protection contre l'exercice abusif de ces pouvoirs draconiens repose sur les forces politiques, certes mal définies, mais très réelles et efficaces, qui sous-tendent le fédéralisme.

Je ne vois rien qui vienne contredire cela dans l'affirmation contenue dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, selon laquelle il faut, pour pouvoir modifier la Constitution, obtenir une mesure importante de consentement de la part des provinces. Dans cette affaire, la Cour a clairement affirmé qu'il ne lui appartient pas de faire respecter cette exigence. Il s'agissait, a-t-elle souligné, d'une convention. La mise en œuvre des conventions relève du domaine politique et non judiciaire. Elles peuvent être violées et les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'empêcher cela; toutefois, il y a un prix politique à payer. Les tribunaux n'ont pas entrepris de définir com-



should be protected. The Constitution has not accorded them that mandate. These are matters for the people. This is not to say that the courts do not have an important, indeed essential, role in balancing federalism as they go about their task of defining the nature and effect of those great but more subtle powers, not susceptible of definition and direction by those elemental political forces that undergird Canadian federalism. Finally I should add that Dickson C.J.'s description in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 671, of federal power under s. 92(10) as "narrow and distinct" has nothing to do with the present case at all. He was there comparing this and other particularized powers with broadly described powers, such as trade and commerce, and the extent to which incidental exercises of jurisdiction could be "tacked-on" to these various powers.

I next note the argument that the declared nuclear facilities fall to be regulated by federal authorities but only in relation to their safety and security aspects not labour relations generally. This approach is supported by reliance on the preamble to the *Atomic Energy Control Act*. The preamble may set forth the purpose why Parliament declared works for the development of atomic energy to be for the general advantage. But once the declaration is made the legislative power flowing therefrom is governed by the Constitution. As noted earlier, the work subject to the declaration is in the same position as if it were expressly mentioned in the Constitution. At best, the preamble might give some clue as to what works were intended to be covered by the declaration; it cannot, however, define the scope of legislative power to be exercised by Parliament in respect of a work, once it is determined that it falls within the ambit of a declaration. I should add that I find difficulty in understanding the argument because safety and security are as much in jeopardy from the manner

ment il faudrait protéger ces vastes fondements politiques du fédéralisme canadien. La Constitution ne leur a pas confié ce mandat. Il appartient à la population de le faire. Cela ne veut pas dire que les tribunaux n'ont pas un rôle important, voire essentiel, à jouer dans l'établissement d'un équilibre au sein du fédéralisme lorsqu'ils sont appelés à définir la nature et l'incidence de ces pouvoirs importants, mais plus subtils, qui ne peuvent être ni définis ni gérés par les forces politiques élémentaires qui sous-tendent le fédéralisme canadien. Enfin, j'ajouterais que, dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 671, la description que le juge en chef Dickson donne du chef de compétence fédérale conféré au par. 92(10) comme étant un pouvoir «restreint[...] et distinct[...]» n'a absolument rien à voir avec le cas qui nous occupe. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson comparait ce pouvoir et d'autres pouvoirs spécifiques avec des pouvoirs définis d'une manière générale, comme les échanges et le commerce, et la mesure dans laquelle des exercices accessoires de compétence pouvaient être «ajoutés après coup» à ces divers pouvoirs.

Je souligne ensuite l'argument voulant qu'il appartienne aux autorités fédérales de réglementer les établissements nucléaires déclarés à l'avantage général du Canada, mais seulement en ce qui concerne leurs aspects santé et sécurité et non pas les relations de travail de manière générale. Ce point de vue se fonde sur le préambule de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Il se peut que ce préambule énonce le but dans lequel le Parlement a déclaré à l'avantage général du Canada des ouvrages destinés à la production d'énergie atomique. Toutefois, une fois les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada, c'est la Constitution qui régit la compétence législative qui en découle. Comme je l'ai déjà souligné, l'ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada se trouve dans la même situation que s'il était expressément mentionné dans la Constitution. Au mieux, le préambule pourrait donner des indices quant aux ouvrages qu'on a voulu viser par la déclaration; toutefois, il ne peut servir à définir l'étendue de la compétence législative qu'exercera le Parlement à

in which employees do their work as in the manner in which a facility is constructed, and, as the Chief Justice points out, many of the regulations of the Atomic Energy Control Board have to do with labour relations. The fact that these are established by one federal organism rather than another does not affect their character.

In truth, I find that this attempted restriction of federal power to health and security considerations flies in the face of the Act. What the declaration there gives Parliament is jurisdiction, *inter alia*, over works constructed for the production, use and application of atomic energy. In making legislation to that end, I fail to see how one can logically limit it to health and security concerns.

Again, there is the argument that for many years the parties resorted to the Ontario *Labour Relations Act* rather than the *Canada Labour Code*. But this, as I see it, is of no moment. The case is not dissimilar in that respect from *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541, where the province had exercised jurisdiction over inter-provincial motor transportation for an even longer period.

Finally there is the argument based on inconvenience. Bifurcating legislative power over labour relations in Ontario Hydro, a single enterprise, would, it is said, create practical difficulties. Two sets of rules would apply to different employees and, of course, there is the difficulty of drawing the line between federal matters and provincial matters. These problems are not really new. The interrelationship between Parliament's power over federal works and closely related provincial activity has always raised practical difficulties. Even the present type of difficulty is not unique. In *Shur Gain Division*, *supra*, the Federal Court of Canada

l'égard d'un ouvrage, une fois qu'il est établi que celui-ci est visé par une déclaration. J'ajouterais que j'ai de la difficulté à comprendre cet argument parce que les risques sur le plan de la sécurité découlent autant de la façon dont les employés exécutent leur travail que de la façon dont est construit un établissement et, comme le fait remarquer le Juge en chef, bon nombre des règlements de la Commission de contrôle de l'énergie atomique portent sur les relations de travail. Le fait que ces règlements soient établis par un organisme fédéral plutôt que par un autre organisme n'en change pas le caractère.

À vrai dire, j'estime que cette tentative de restreindre la compétence fédérale aux considérations de santé et de sécurité va à l'encontre de la Loi. Ce que la déclaration donne au Parlement c'est la compétence notamment sur les ouvrages destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique. Compte tenu de la loi adoptée à cette fin, je ne vois pas comment on peut logiquement en limiter l'application aux préoccupations en matière de santé et de sécurité.

Encore une fois, il y a l'argument selon lequel les parties ont, pendant de nombreuses années, eu recours à la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario plutôt qu'au *Code canadien du travail*. Toutefois, cela n'a aucune importance à mon avis. L'affaire ne diffère pas à cet égard de l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541, dans lequel la province avait exercé une compétence sur le transport routier interprovincial pendant une période encore plus longue.

Enfin, il y a l'argument fondé sur les inconvénients. La division de la compétence législative sur les relations de travail au sein d'Ontario Hydro, une entreprise unique, créerait, dit-on, des difficultés pratiques. Deux ensembles de règles s'appliqueraient à des employés différents et il va sans dire qu'il est difficile de départager les questions de nature fédérale de celles de nature provinciale. Ces problèmes ne sont pas vraiment nouveaux. La corrélation entre la compétence du Parlement sur les ouvrages fédéraux et les activités provinciales s'y rattachant étroitement a toujours soulevé des difficultés pratiques. Même le présent type de diffi-

had occasion to deal with a similar situation. Again, it is obvious from a close reading of the *Stevedoring* case, *supra*, that had the shipping company there been engaged solely in intraprovincial shipping (as opposed to interprovincial as was assumed), stevedores could not have been combined in a unit comprising office employees or other workers engaged in matters not related to navigation. Similar views are expressed in other cases; see, for example, *R. v. Picard, Ex parte International Longshoremen's Association, Local 375* (1967), 65 D.L.R. (2d) 658 (Que. Q.B.), and *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115. Various techniques of administrative inter-delegation have been developed to deal with problems of conjoint interest following upon the case of *Winner, supra*. If the problems here are sufficiently acute, and Parliament deems it appropriate to do so, resort could be had to such techniques.

#### Other Provincial Powers Over Works — Section 92A

The appellants also sought to argue that the works described in s. 92(10)(c) did not extend to works specifically mentioned in other provisions of the Constitution. As Iacobucci J. has observed, this involves interpreting the Constitution as consisting of logic type compartments. The Constitution must, rather, be interpreted as an organic instrument. I accept my colleague's conclusion that s. 92(10)(c) extends to works created under other headings in s. 92, and s. 92A cannot be considered any different in this respect. Provisions granting legislative powers placed in separate sections to provide for qualifications to those powers should be treated, subject of course to those qualifications, in the same way; see *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, *per* Estey J. (Beetz J. concurring), at p. 1201. As will be seen, I agree with Iacobucci J. as well that s. 92A does not have the effect of removing from the ambit of Parliament's

culté n'est pas unique. Dans l'arrêt *Division Shur Gain*, précité, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'examiner une situation similaire. Encore une fois, il ressort clairement d'une lecture attentive de l'*Affaire des débardeurs*, précitée, que les débardeurs n'auraient pas pu être inclus dans une unité composée d'employés de bureau ou d'autres travailleurs s'occupant de questions non liées à la navigation, si la compagnie d'expédition en cause s'était occupée seulement d'expéditions intraprovinciales (par opposition aux expéditions interprovinciales comme on l'a supposé). Des points de vue similaires sont exprimés dans d'autres affaires; voir, par exemple, *R. c. Picard, Ex parte International Longshoremen's Association, Local 375* (1967), 65 D.L.R. (2d) 658 (B.R. Qué.), et *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115. Diverses techniques d'interdélégation administrative ont été conçues pour régler des problèmes d'intérêt commun à la suite de l'arrêt *Winner*, précité. Si les problèmes sont suffisamment graves en l'espèce et si le Parlement juge approprié de le faire, il serait possible de recourir à ces techniques.

#### Autres compétences provinciales sur des ouvrages — art. 92A

Les appelants ont également cherché à soutenir que les ouvrages visés à l'al. 92(10)(c) n'incluent pas les ouvrages expressément mentionnés dans d'autres dispositions de la Constitution. Comme le fait remarquer le juge Iacobucci, on se trouve ainsi à interpréter la Constitution comme si elle se composait de compartiments logiques. La Constitution doit plutôt être interprétée comme un instrument organique. J'accepte la conclusion de mon collègue que l'al. 92(10)(c) vise les ouvrages créés en vertu d'autres chefs de l'art. 92 et que l'art. 92A ne saurait être considéré comme différent à cet égard. Les attributions de compétence législative faites dans des articles distincts afin d'assujettir à des restrictions les pouvoirs conférés devraient être considérées de la même façon, sous réserve, bien entendu, de ces restrictions; voir *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, le juge Estey (avec l'appui du juge Beetz), à la p. 1201. Comme

authority works declared to be for the general advantage of Canada. Where I differ from my colleague is with his view of the nature of the power accorded to the provinces by s. 92A(1)(c) to legislate in relation to the development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation of electrical energy.

It must be confessed that s. 92A(1), including para. (c), do not, at least at first sight, appear to add much to the broad and general catalogue of provincial powers; see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 29-19. So it is tempting to seek additional meaning from the provision. It may be, however, that s. 92A(1) is merely preliminary to the provisions that follow, although, as I will indicate, it, at a minimum, fortifies the pre-existing provincial powers. There is reason to think this was one of its major goals.

To understand the situation, it is useful to examine the backdrop against which s. 92A was passed. In a general sense, the interventionist policies of the federal authorities in the 1970s in relation to natural resources, particularly oil and other petroleum products, were a source of major concern to the provinces. These concerns were by no means minimized by cases such as *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, and *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, which underlined the severe limits on provincial power over resources that are mainly exported out of the province, as well as on the provincial power to tax these resources.

It was to respond to this insecurity about provincial jurisdiction over resources — one of the mainstays of provincial power — that s. 92A was enacted. Section 92A(1) reassures by restating this

on le verra, je suis également d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que l'art. 92A n'a pas pour effet de soustraire à la compétence du Parlement les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec la perception qu'a mon collègue de la nature du pouvoir que l'al. 92A(1)c accorde aux provinces de légiférer relativement à l'aménagement, à la conservation et à la gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

Il faut admettre que le par. 92A(1), y compris son al. c), ne paraît pas, du moins à première vue, ajouter beaucoup à l'éventail général et vaste des pouvoirs provinciaux; voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, à la p. 29-19. Il est donc tentant de chercher à dégager un autre sens de cette disposition. Toutefois, il se pourrait que le par. 92A(1) constitue simplement une disposition préliminaire par rapport aux dispositions qui suivent, quoique, comme je vais l'indiquer, elle tend pour le moins à renforcer les pouvoirs provinciaux préexistants. Il y a lieu de croire que c'était l'un des principaux objectifs de cette disposition.

Pour comprendre la situation, il est utile d'examiner le contexte dans lequel a été adopté l'art. 92A. De manière générale, les politiques interventionnistes que les autorités fédérales ont adoptées au cours des années 70 à l'égard des ressources naturelles, et notamment du pétrole et de ses dérivés, préoccupaient beaucoup les provinces. Ces préoccupations n'ont nullement été minimisées par des arrêts comme *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, et *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, qui ont souligné les limites importantes de la compétence provinciale sur les ressources principalement exportées hors des provinces, et du pouvoir des provinces de taxer ces ressources.

C'est pour dissiper cette incertitude quant à la compétence provinciale sur les ressources — un des pivots de la compétence provinciale — qu'on a adopté l'art. 92A. Le paragraphe 92A(1) rassure en

jurisdiction in contemporary terms, and the following provisions go on, for the first time, to authorize the provinces to legislate for the export of resources to other provinces subject to Parliament's paramount legislative power in the area, as well as to permit indirect taxation in respect of resources so long as such taxes do not discriminate against other provinces.

Most commentators mention only these issues in describing the background against which s. 92A was enacted, but there were others, specifically in relation to the generation, production and export-  
of electrical energy, that must have been seen as a threat to provincial autonomy in these areas. In most of the provinces, at least, the generation and distribution of electrical energy is done by the same undertaking. There is an integrated and inter-connected system beginning at the generating plant and extending to its ultimate destination. There was authority that indicated that even an emergency interprovincial grid system might effect an interconnection between utilities sufficient to make the whole system a work connecting or extending beyond the province, and so falling within federal jurisdiction within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*; see *British Columbia Power Corp. v. Attorney-General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65 (B.C.S.C.). More important, provincial power commissions supply electrical energy to other provinces and the United States on "a regular and continuing basis", which a number of cases in other areas have held to be sufficient to make an integrated undertaking fall within federal legislative competence; see, for example, *Re Tank Truck Transport Ltd.* (1960), 25 D.L.R. (2d) 161 (Ont. H.C.), aff'd [1963] 1 O.R. 272 (C.A.). There was danger, then, that at least the supply system and conceivably the whole undertaking, from production to export, could be viewed as being a federal undertaking. For a discussion of these problems as they appeared in the period preceding the enactment of s. 92A, see G. V. La Forest and Associates, *Water Law in Canada* (1973), at pp. 46 *et seq.*, esp. at pp. 50-51, 53-56. While a number of commentators, including myself, did not share this

reformulant cette compétence en des termes contemporains et les dispositions qui suivent autorisent pour la première fois les provinces à légiférer sur l'exportation de ressources vers d'autres provinces, sous réserve de la compétence législative prépondérante du Parlement dans le domaine, et à taxer indirectement les ressources dans la mesure où ces taxes ne sont pas discriminatoires à l'égard d'autres provinces.

La plupart des auteurs ne font que mentionner ces questions lorsqu'ils décrivent le contexte dans lequel a été adopté l'art. 92A; toutefois, il y en a eu d'autres qui, particulièrement en ce qui concerne la production et l'exportation d'énergie électrique, ont dû être considérées comme une menace à l'autonomie provinciale dans ces domaines. Dans la plupart des provinces, tout au moins, la production et la distribution d'énergie électrique se font par la même entreprise. Il existe un réseau intégré et interconnecté qui va de la centrale jusqu'à la destination finale du produit. Il y a une décision qui indique que même un réseau interprovincial d'urgence pourrait créer, entre ces installations, une interconnexion suffisante pour faire de l'ensemble du réseau un ouvrage reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province, et le faire ainsi relever de la compétence fédérale au sens de l'al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir la décision *British Columbia Power Corp. c. Attorney-General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65 (C.S.C.-B.). Qui plus est, des commissions provinciales de l'énergie électrique fournissent, [TRADUCTION] «de façon régulière et permanente», de l'électricité à d'autres provinces et aux États-Unis, ce qui, dans un certain nombre d'arrêts dans d'autres domaines, a été jugé suffisant pour assujettir une entreprise intégrée à la compétence législative fédérale; voir, par exemple, *Re Tank Truck Transport Ltd.* (1960), 25 D.L.R. (2d) 161 (H.C. Ont.), conf. par [1963] 1 O.R. 272 (C.A.). Il existait alors un risque qu'au moins le réseau d'approvisionnement, et voire même peut-être bien toute l'entreprise, depuis la production jusqu'à l'exportation, soit considéré comme une entreprise fédérale. Pour une analyse des problèmes survenus au cours de la période ayant précédé l'adoption de

view of the law, the result on the authorities was by no means certain. The express grant of legislative power over the development of facilities for the generation and production of electrical energy (s. 92A(1)(c)), coupled with the legislative power in relation to the export of electrical energy offers at least comfort for the position that, leaving aside other heads of power, the development, conservation and management of generating facilities fall exclusively within provincial competence. The nature of provincial electrical generating and distribution systems at the time of the passing of s. 92A must have been appreciated.

What is important to note is that the danger to provincial autonomy over the generation of electrical energy did not arise out of the discretion Parliament had or might in future exercise under its declaratory power. The danger, rather, lay in the possible transformation of these enterprises into purely federal undertakings by reason of their connection or extension beyond the province. Section 92A ensures the province the management, including the regulation of labour relations, of the sites and facilities for the generation and production of electrical energy that might otherwise be threatened by s. 92(10)(a). But I cannot believe it was meant to interfere with the paramount power vested in Parliament by virtue of the declaratory power (or for that matter Parliament's general power to legislate for the peace, order and good government of Canada) over "[a]ll works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy". This, as already seen, comprises the management of these facilities, displacing any management powers the province might otherwise have had under s. 92A. And a vital part of the power of management is the power to regulate labour relations.

l'art. 92A, voir G. V. La Forest et associés, *Water Law in Canada* (1973), aux pp. 46 et suiv., tout particulièrement les pp. 50 et 51 et 53 à 56. Bien qu'un certain nombre d'auteurs, y compris moi-même, n'aient pas partagé cette conception du droit, le résultat sur la jurisprudence était loin d'être certain. L'attribution explicite de la compétence législative sur l'aménagement d'installations destinées à la production d'énergie électrique (al. 92A(1)c)), conjuguée à la compétence législative relativement à l'exportation de l'énergie électrique, appuie au moins le point de vue selon lequel, exception faite des autres chefs de compétence, l'aménagement, la conservation et la gestion des centrales électriques relèvent exclusivement de la compétence provinciale. On a dû apprécier la nature des réseaux provinciaux de production et de distribution d'énergie électrique au moment de l'adoption de l'art. 92A.

Il importe de souligner que le danger pour l'autonomie provinciale en matière de production d'énergie électrique ne découlait pas du pouvoir discrétionnaire que le Parlement avait exercé ou qu'il pourrait exercer à l'avenir en vertu de son pouvoir déclaratoire. Ce danger résidait plutôt dans la possibilité que ces entreprises deviennent des entreprises purement fédérales du fait de leur raccordement ou de leur extension au-delà des limites de la province. L'article 92A garantit à la province la gestion des emplacements et des installations destinés à la production d'énergie électrique, y compris la réglementation des relations de travail, qui pourraient par ailleurs être menacés par l'al. 92(10)a). Toutefois, je ne puis croire que cette disposition visait à empiéter sur la compétence prépondérante dont jouit le Parlement en vertu de son pouvoir déclaratoire (ou, quant à cela, de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada) sur les «ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique». Ceci, comme nous l'avons vu, comprend la gestion de ces installations et écarte ainsi tout pouvoir de gestion que la province pourrait avoir par ailleurs en vertu de l'art. 92A. Une partie essentielle du pouvoir de gestion est celui de réglementer les relations de travail.

Peace, Order and Good Government

This case can equally well be disposed of under Parliament's power to legislate over matters of national concern under the peace, order and good government clause in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. There can surely be no doubt that the production, use and application of atomic energy constitute a matter of national concern. It is predominantly extra-provincial and international in character and implications, and possesses sufficiently distinct and separate characteristics to make it subject to Parliament's residual power; see *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, and *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. No one seriously disputed this assertion, and my colleagues both agree that this is so. The view of the Attorney General of Canada is supported by authority in the lower courts; see *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.), at p. 869; and *Denison Mines Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797 (H.C.), at p. 808. The strategic and security aspects of nuclear power in relation to national defence and the catastrophe and near catastrophe associated with its peaceful use and development at Chernobyl and Three Mile Island bespeak its national character and uniqueness.

The appellants, we saw, argue, however, that the distinct aspects over which atomic energy rises to the national level are those concerned with health and safety. But this very argument is self-defeating. With the inherent potential dangers associated with nuclear fission, industrial safety — indeed the safety of people hundreds of miles from a nuclear facility — is necessarily dependant on the personnel who operate the facility. A strike, and indeed mere carelessness, could invite disaster. As the Attorney General of Canada put it: "The whole purpose of federal regulation of nuclear electrical generating plants would be frustrated if Parliament could not govern the standards and conditions for employment of the individuals who operate the

Paix, ordre et bon gouvernement

Le présent pourvoi peut également être tranché en vertu du pouvoir qu'a le Parlement de légiférer sur des questions d'intérêt national, en vertu de la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement contenue à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'y a sûrement pas de doute que la production, les applications et les usages de l'énergie atomique constituent une question d'intérêt national, dont le caractère et les répercussions sont principalement extraprovinciales et internationales, et dont les caractéristiques sont suffisamment distinctes pour justifier l'exercice du pouvoir résiduel fédéral; voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, et *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. Personne n'a sérieusement contesté cette affirmation et mes deux collègues s'accordent pour dire qu'il en est ainsi. Le point de vue du procureur général du Canada est appuyé par la jurisprudence d'instances inférieures: voir *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.), à la p. 869, et *Denison Mines Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797 (H.C.), à la p. 808. Les aspects stratégie et sécurité de l'énergie nucléaire en matière de défense nationale et la catastrophe de Chernobyl ainsi que la quasi-catastrophe de Three Mile Island liées à sa production et à son utilisation pacifiques en font bien ressortir le caractère national et unique.

Comme on l'a vu, les appelants soutiennent cependant que les aspects santé et sécurité constituent les aspects distincts relativement auxquels l'énergie atomique devient une question d'intérêt national. Cet argument va lui-même à l'encontre du but recherché. Compte tenu des dangers inhérents potentiels qui sont associés à la fission nucléaire, la sécurité industrielle — en fait la sécurité des personnes qui vivent à des centaines de milles d'un établissement nucléaire — dépend nécessairement du personnel qui l'exploite. Une grève, même une simple négligence, risque de donner lieu à un désastre. Comme l'affirme le procureur général du Canada, [TRADUCTION] «[l']objet de la réglementation fédérale des centrales

plant, both for their own safety, and for that of the general public.”

Quite apart from this doomsday scenario, what was said in the context of a work subject to the declaratory power applies equally to a work over which Parliament has jurisdiction under its general power in relation to matters of national concern. Labour relations are an integral part of that jurisdiction. I observe that this approach had been adopted in *Pronto, supra*.

I add that what I have had to say about the relationship of nuclear facilities to various provincial legislative powers, including those arising out of s. 92A of the *Constitution Act, 1867*, fully applies here.

#### Provincial Instrumentality

Finally, the appellant Ontario Hydro advanced the notion that federal legislation should be so interpreted as not to apply to corporations set up to advance a provincial purpose. It conceded, however, that it was not a Crown agent and so not entitled to Crown immunity in the traditional sense. The Attorney General for New Brunswick did, however, argue that Crown immunity should apply where Crown agency is established. It is, therefore, right to say that the latter argument cannot stand in view of my holding that provincial laws regarding labour relations are inapplicable to works falling within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament, since such legislation falls within the core of that jurisdiction.

Turning to Ontario Hydro's argument about provincial instrumentalities, I note that a similar argument was advanced by Alberta in relation to a "provincial project", the Oldman River Dam; see *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 63, 68-69. The Court rejected this contention,

nucléaires serait totalement contrecarré si le Parlement ne pouvait régir les normes et les conditions de travail des personnes qui exploitent ces établissements, tant du point de vue de leur propre sécurité que de celle du grand public.»

Abstraction faite de ce scénario apocalyptique, ce qui a été dit dans le contexte d'un ouvrage assujéti au pouvoir déclaratoire s'applique également à un ouvrage sur lequel le Parlement a compétence en vertu de sa compétence générale à l'égard des questions d'intérêt national. Les relations de travail font partie intégrante de cette compétence. Je fais remarquer que c'est ce point de vue qui a été adopté dans la décision *Pronto*, précitée.

J'ajoute que ce que j'ai dit au sujet du rapport entre les établissements nucléaires et les divers pouvoirs législatifs des provinces, y compris ceux découlant de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'applique entièrement ici.

#### Un instrument provincial

Enfin, l'appelante Ontario Hydro a soutenu que les lois fédérales devraient être interprétées de façon à ne pas s'appliquer aux sociétés établies pour promouvoir une fin provinciale. Toutefois, elle a admis ne pas être un mandataire de la Couronne et ne pouvoir ainsi bénéficier de l'immunité de la Couronne au sens traditionnel de cette expression. Cependant, le procureur général du Nouveau-Brunswick a soutenu que l'immunité devrait s'appliquer lorsque la qualité de mandataire de la Couronne est établie. On peut donc affirmer à bon droit que ce dernier argument ne saurait tenir, compte tenu de ma conclusion que les lois provinciales en matière de relations de travail ne s'appliquent pas aux ouvrages relevant de la compétence législative exclusive du Parlement, étant donné que ces lois se situent au cœur de cette compétence.

En ce qui concerne l'argument d'Ontario Hydro relatif aux instruments provinciaux, je fais remarquer qu'un argument similaire a été avancé par l'Alberta relativement à un «projet provincial», le barrage de la rivière Oldman; voir l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 63, 68



which it branded as not particularly helpful in sorting out constitutional authority over the work and as positing a type of interjurisdictional immunity that had earlier been rejected in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at p. 275. Similar considerations apply here. The fallacy in this context appears to result from the failure to recognize labour relations as vital aspects of the management of nuclear facilities, for no similar argument is made in respect of regulations under the *Atomic Energy Control Act*.

### Disposition

I would dismiss the appeals and confirm the order of the Court of Appeal reinstating the decision of the Ontario Labour Relations Board, and declaring that the *Canada Labour Code* applies to employees of Ontario Hydro who are employed on or in connection with nuclear facilities that come under s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*. I would make no order as to costs.

The reasons of Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — The question in these appeals is whether the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, or the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, constitutionally applies to govern labour relations between Ontario Hydro and those of its employees who are employed in Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations. Although technically there are two appeals involved, in substance there is only one and so I refer herein to both as "the appeal".

### I. Facts

Ontario Hydro is a corporation owned by the province of Ontario and no one disputes that it is

et 69. Notre Cour a rejeté cet argument en disant qu'il n'était pas particulièrement utile pour déterminer la compétence constitutionnelle sur l'ouvrage et qu'il érigeait en principe un type d'exclusivité des compétences déjà rejeté dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, à la p. 275. Des considérations similaires s'appliquent en l'espèce. Dans ce contexte, l'erreur semble résulter de la non-reconnaissance des relations de travail comme un aspect essentiel de la gestion des établissements nucléaires, car aucun argument similaire n'est avancé au sujet des règlements pris en application de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*.

### Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel qui rétablit la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario et qui déclare que le *Code canadien du travail* s'applique aux employés d'Ontario Hydro qui travaillent dans le cadre des établissements nucléaires visés par l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Les présents pourvois visent à déterminer si la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, ou le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, s'applique, du point de vue constitutionnel, aux relations de travail entre Ontario Hydro et ceux de ses employés qui travaillent dans ses centrales nucléaires. Même si, techniquement, deux pourvois sont en cause, il n'y a essentiellement qu'un seul pourvoi et je vais donc, dans les présents motifs, désigner les deux pourvois par l'expression «le pourvoi».

### I. Les faits

Ontario Hydro est une société qui appartient à la province d'Ontario et personne ne conteste qu'elle

not a Crown agent. Its affairs are governed by the *Power Corporation Act*, R.S.O. 1990, c. P.18. Ontario Hydro has 81 electrical generating stations of which five are nuclear electrical generating stations. These five nuclear plants provide roughly 48 percent of Ontario Hydro's total electrical power generating capacity. Power is generated in the nuclear stations by way of CANDU reactors which, through the process of nuclear fission, produce enough energy to drive the facilities' turbines. Once generated, this power (along with that originating from thermal and hydraulic generating stations) is distributed throughout the province by way of a network of transformer and distribution stations. Plutonium, deuterium and deuterium oxide, cobalt-60, and tritium and tritium oxide are produced during the electricity generating process: these substances are all prescribed under the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16.

The operation of a nuclear reactor is heavily regulated by federal legislation. Section 18 of the *Atomic Energy Control Act* declares that all works and undertakings constructed for the production of atomic energy and the production of prescribed substances are works for the general advantage of Canada. Each of Ontario Hydro's CANDU reactors is covered by a licence issued by the Atomic Energy Control Board ("AECB") under the regulations made under the *Atomic Energy Control Act*. These licences impose requirements with respect to the way Ontario Hydro operates the facilities, Ontario Hydro's radiation protection measures and emergency procedures, and the measures taken regarding the physical security of fissionable prescribed substances and of the facilities themselves. The licences also dictate minimum staffing levels in the control rooms, require written AECB approval of certain staff positions in the facilities (including those in positions affected by the application for certification which initiated the present action), and prescribe that significant staffing and organizational changes in the facilities require prior notice to and the written permission of the AECB. Notwithstanding the declaration in s. 18 of

n'est pas un mandataire de la Couronne. Ses affaires sont régies par la *Loi sur la Société de l'électricité*, L.R.O. 1990, ch. P.18. Ontario Hydro possède 81 centrales dont cinq sont des centrales nucléaires. Ces cinq centrales fournissent approximativement 48 pour 100 de la production totale d'énergie électrique d'Ontario Hydro. Dans les centrales nucléaires, l'énergie électrique est produite au moyen de réacteurs CANDU qui, grâce au processus de fission nucléaire, produisent suffisamment d'énergie pour alimenter les turbines des installations. L'énergie électrique (et celle produite par les centrales thermiques et hydro-électriques) est distribuée dans toute la province au moyen d'un réseau de postes de transformateurs et de distribution. Du plutonium, du deutérium et de l'oxyde de deutérium, du cobalt-60, ainsi que du tritium et de l'oxyde de tritium sont produits au cours de la production d'énergie électrique: ces substances sont toutes des substances réglementées en vertu de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16.

Le fonctionnement d'un réacteur nucléaire est fortement réglementé par la législation fédérale. L'article 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* déclare à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés à la production de l'énergie atomique et à la production des substances réglementées. Chacun des réacteurs d'Ontario Hydro est visé par un permis délivré par la Commission de contrôle de l'énergie atomique («CCEA») en vertu du règlement pris sous le régime de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Ces permis imposent à Ontario Hydro des exigences relatives à la façon d'exploiter les installations, aux mesures de protection contre les radiations, aux procédures d'urgence et aux mesures à prendre pour assurer la sécurité matérielle des substances fissibles réglementées et des installations elles-mêmes. Les permis prescrivent également le nombre minimal d'employés dans les salles de contrôle, exigent l'approbation écrite par la CCEA de certains postes dans les installations (y compris les postes touchés par la demande d'accréditation à l'origine de la présente action) et prévoient que la CCEA doit être préalablement avisée de toute modification importante de la dotation en

the *Atomic Energy Control Act*, some employees at Ontario Hydro's Bruce nuclear plant have been unionized under provincial labour legislation since 1973.

This case arose when the Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees ("Society") applied under the Ontario *Labour Relations Act* to the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") for certification as the exclusive bargaining agent for a unit of administrative, scientific and professional engineering employees of Ontario Hydro, including those employed at Ontario Hydro's nuclear plants. The application was challenged by a group of employees calling themselves the Coalition to Stop the Certification of the Society. One of the grounds for the challenge was that the OLRB was without jurisdiction to certify the proposed bargaining unit because some of the employees within the proposed unit, viz. those who worked at Ontario Hydro's nuclear generating stations and at the construction site for the nuclear generating station at Darlington, fall under the jurisdiction of the *Canada Labour Code*. The Coalition claimed that the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, combined with ss. 91(29) and 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*, brought Ontario Hydro's nuclear generating stations within exclusive federal jurisdiction with respect to labour relations because s. 4 of the *Canada Labour Code* declares the Code applicable to all persons employed on or in connection with a federal work.

The OLRB held hearings to determine whether or not it had jurisdiction to include in the proposed bargaining unit a category of employees definable by reference to s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*. The Attorneys General of Canada and Ontario declined to participate in these hearings but the Canadian Union of Public Employees ("CUPE"), which was then certified as the bargaining agent for all unionized employees of Ontario Hydro

personnel et de la structure des installations et qu'elle doit l'autoriser par écrit. Nonobstant la déclaration faite à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, certains employés de la centrale nucléaire de Bruce d'Ontario Hydro sont syndiqués en vertu de la législation ouvrière provinciale depuis 1973.

La présente affaire a pris naissance au moment où la Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees («Société») s'est fondée sur la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario pour présenter à la Commission des relations de travail de l'Ontario («CRTO») une demande d'accréditation comme agent négociateur exclusif d'une unité composée de membres du personnel administratif, de scientifiques et d'ingénieurs d'Ontario Hydro, dont ceux qui travaillaient dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro. Cette demande a été contestée par un groupe d'employés qui s'appelaient la Coalition to Stop the Certification of the Society. L'un des motifs invoqués était que la CRTO n'avait pas compétence pour accréditer l'unité de négociation proposée parce que certains des employés qui en feraient partie, soit les employés des centrales nucléaires d'Ontario Hydro et ceux du chantier de construction de la centrale nucléaire de Darlington, sont régis par le *Code canadien du travail*. La Coalition a soutenu que la déclaration de l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, conjuguée au par. 91(29) et à l'al. 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a pour effet d'assujettir les centrales nucléaires d'Ontario Hydro à la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail parce que l'art. 4 du *Code canadien du travail* déclare que le Code s'applique à toutes les personnes employées dans le cadre d'une entreprise fédérale.

La CRTO a tenu des audiences pour déterminer si elle avait compétence pour inclure dans l'unité de négociation proposée une catégorie d'employés définissable par renvoi à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario ont refusé d'y participer, mais le Syndicat canadien de la fonction publique («SCFP»), alors accrédité comme agent négociateur de tous les employés syndiqués d'On-

including employees at the Bruce nuclear plant, participated with the consent of the parties. The OLRB held that it had no jurisdiction to certify the bargaining unit in the Society's application because the proposed unit included employees, employed on or in connection with the nuclear generating stations, who fell under the jurisdiction of the *Canada Labour Code*: [1988] OLRB Rep. Feb. 187.

Ontario Hydro, supported by the Society and CUPE, applied to the Ontario Divisional Court for judicial review by way of an order in the nature of *certiorari* quashing this decision of the OLRB; the Attorney General of Canada intervened at this stage of the proceedings in support of the OLRB. The Divisional Court granted the application for *certiorari*, quashed the OLRB's decision, and issued mandamus ordering the OLRB to deal with the Society's certification application: (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044.

The Attorney General of Canada appealed that decision to the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal, Galligan J.A. dissenting, allowed the appeal, set aside the decision of the Divisional Court and ordered that the decision of the OLRB be reinstated: (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014 (hereinafter cited to O.R.). This Court granted leave to appeal, [1991] 3 S.C.R. x, and the Chief Justice stated the following constitutional question:

Does the *Labour Relations Act* of Ontario, R.S.O. 1980, c. 228 [now R.S.O. 1990, c. L.2], or the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, constitutionally apply to the matter of labour relations between Ontario Hydro and those of its employees who are employed in Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations which have been declared to be for the general advantage of Canada under s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16?

tario Hydro, y compris les employés de la centrale nucléaire de Bruce, y a participé avec le consentement des parties. La CRTO a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour accrédi-  
 a tion visée par la demande de la Société parce que l'unité proposée comprenait des personnes employées dans le cadre de centrales nucléaires, qui se trouvaient régies par le *Code canadien du travail*: [1988] OLRB Rep. Feb. 187.  
 b

Ontario Hydro, avec l'appui de la Société et du SCFP, a présenté à la Cour divisionnaire de l'Ontario une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance tenant d'un *certiorari* qui annulerait la décision de la CRTO; à ce stade des procédures, le procureur général du Canada est intervenu à l'appui de la CRTO. La Cour divisionnaire a accueilli la demande de *certiorari*, annulé la décision de la CRTO et délivré un *mandamus* ordonnant à la CRTO d'examiner la demande d'accréditation de la Société: (1989), 69 O.R. (2d) 268, 33 O.A.C. 302, 60 D.L.R. (4th) 542, 89 CLLC ¶ 14,044.

f Le procureur général du Canada a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel, avec dissidence de la part du juge Galligan, a accueilli l'appel, annulé la décision de la Cour divisionnaire et ordonné le rétablissement de la décision de la CRTO: (1991), 1 O.R. (3d) 737, 43 O.A.C. 184, 77 D.L.R. (4th) 277, 91 CLLC ¶ 14,014 (ci-après cité au O.R.). Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi, [1991] 3 R.C.S. x, et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:  
 h

La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228 [maintenant L.R.O. 1990, ch. L.2], ou le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, s'appliquent-ils, du point de vue constitutionnel, aux questions de relations du travail entre Ontario Hydro et ceux de ses employés qui travaillent dans ses centrales nucléaires qui ont été déclarées à l'avantage général du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16?

## II. Relevant Legislation and Constitutional Provisions

*Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16

WHEREAS it is essential in the national interest to make provision for the control and supervision of the development, application and use of atomic energy and to enable Canada to participate effectively in measures of international control of atomic energy that may hereafter be agreed on;

### 18. All works and undertakings constructed

(a) for the production, use and application of atomic energy,

(b) for research or investigation with respect to atomic energy, and

(c) for the production, refining or treatment of prescribed substances,

are, and each of them is declared to be, works or a work for the general advantage of Canada.

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2

### 2. In this Act,

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament, including, without restricting the generality of the foregoing,

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by Parliament to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces, and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the legislatures of the provinces;

4. This Part applies in respect of employees who are employed on or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, in respect of the employers of all such employees in their relations with those employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of those employees or employers.

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16

Considérant qu'il est essentiel, dans l'intérêt national, de pourvoir au contrôle et à la surveillance de l'exploitation et des applications et usages de l'énergie atomique et de permettre au Canada de participer d'une manière efficace aux mesures de contrôle international de l'énergie atomique dont il pourra être convenu,

### 18. Sont déclarés à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés:

a) à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique;

b) à des recherches scientifiques et techniques sur l'énergie atomique;

c) à la production, à l'affinage ou au traitement des substances réglementées.

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2

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

«entreprises fédérales» Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment:

h) les ouvrages ou entreprises qui, bien qu'entièrement situés dans une province, sont, avant ou après leur réalisation, déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada ou de plusieurs provinces;

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales.

4. La présente partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale et à leurs syndicats, ainsi qu'à leurs employeurs et aux organisations patronales regroupant ceux-ci.

*Constitution Act, 1867*

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

13. Property and Civil Rights in the Province.

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

*Loi constitutionnelle de 1867*

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Et aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

16. généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

(c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy,

(6) Nothing in subsections (1) to (5) derogates from any powers or rights that a legislature or government of a province had immediately before the coming into force of this section.

### III. Judgments Below

#### *Ontario Labour Relations Board*

The OLRB held that by virtue of ss. 92(10)(c) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has exclusive legislative authority over local works it declares to be to the general advantage of Canada. Such a declaration, applicable to Ontario Hydro's nuclear generating stations, had been made in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*. Counsel for Ontario Hydro argued that Ontario Hydro was an undertaking and not a work constructed for any of the purposes set out in s. 18. The OLRB held that a work used by and forming part of an undertaking can be the object of a declaration under s. 92(10)(c). When Parliament makes such a declaration, its jurisdiction over the work extends to the regulation of the use and management of the work forming part of the undertaking (relying on *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434).

The OLRB rejected Ontario Hydro's argument that Parliament only has jurisdiction to make laws with respect to matters of national interest in a work declared to be to the general advantage of Canada: Ontario Hydro's position on this matter was inconsistent with the preamble to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* which expressly gives Parliament legislative jurisdiction to all matters in the enumerated classes of subjects, including s. 91(29). Ontario Hydro argued that s. 92A excludes

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(6) Les paragraphes (1) à (5) ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par la législature ou le gouvernement d'une province lors de l'entrée en vigueur du présent article.

### III. Les juridictions inférieures

#### *La Commission de relations de travail de l'Ontario*

La CRTO a conclu que le Parlement avait, en vertu de l'al. 92(10)c) et du par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, compétence exclusive sur les ouvrages de nature locale qu'il déclare être à l'avantage général du Canada. Cette déclaration, applicable aux centrales nucléaires d'Ontario Hydro, est formulée à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. L'avocat d'Ontario Hydro a soutenu qu'Ontario Hydro est une entreprise et non un ouvrage destiné à l'une des fins mentionnées à l'art. 18. La CRTO a statué qu'un ouvrage utilisé par une entreprise ou en faisant partie peut faire l'objet d'une déclaration fondée sur l'al. 92(10)c). Lorsque le Parlement fait une telle déclaration, sa compétence sur l'ouvrage en question s'étend à la réglementation de l'utilisation et de la gestion de l'ouvrage faisant partie de l'entreprise (selon l'arrêt *The King c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434).

La CRTO a rejeté l'argument d'Ontario Hydro voulant que seul le Parlement a compétence pour légiférer relativement à des questions d'intérêt national dans le cas d'un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada: la position d'Ontario Hydro sur cette question était incompatible avec le préambule de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère expressément au Parlement la compétence législative sur toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés dans

federal jurisdiction over labour relations because such jurisdiction would conflict with the power of the provinces to “manage” electrical generating facilities: the OLRB held that s. 92A has no special place in the *Constitution Act, 1867* and accordingly must be read in light of s. 91 which gives Parliament exclusive jurisdiction over matters coming within the classes of subjects enumerated in s. 91 “notwithstanding anything in this Act”.

The OLRB held that the declaration made in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* was valid and proper with respect to Ontario Hydro’s nuclear generating facilities. There was no basis for Ontario Hydro’s argument that s. 92(10)(c) declarations cannot extend to matters within s. 92A(1), or that a declaration may only be made with respect to matters falling solely within s. 92(10)(c): given the wide scope of matters within s. 92, such as property and civil rights, this argument would totally neutralize the s. 92(10)(c) declaratory power. Further, nothing in s. 92A(1) repealed or neutralized the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*. Accordingly, the federal government had authority to legislate with respect to Ontario Hydro’s labour relations with persons employed on or in connection with the nuclear generating facilities. The OLRB declared that it did not have jurisdiction to deal with the Society’s application for certification since the proposed unit included employees who fell within federal labour law jurisdiction.

*Divisional Court (per Steele, Montgomery and White JJ.)*

The Divisional Court held that the special provision for electrical generating facilities in s. 92A removed those facilities from the category of works contemplated by s. 92(10)(c). “Such Works” in s. 92(10)(c) can only refer to local works and undertakings contemplated to be within s. 92(10).

l’article, y compris le par. 91(29). Ontario Hydro a soutenu que l’art. 92A exclut la compétence fédérale sur les relations de travail parce que cette compétence irait à l’encontre du pouvoir des provinces de «gérer» les installations destinées à la production d’énergie électrique: la CRTO a statué que l’art. 92A n’occupe aucune place spéciale dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu’il doit en conséquence être interprété en fonction de l’art. 91 qui confère au Parlement la compétence exclusive sur les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés à l’art. 91 «nonobstant toute disposition de la présente loi».

La CRTO a conclu que la déclaration faite à l’art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique* était valide et appropriée relativement aux centrales nucléaires d’Ontario Hydro. Ontario Hydro n’était pas justifiée de soutenir que les déclarations prévues à l’al. 92(10)c ne peuvent s’appliquer aux matières visées au par. 92A(1), ou qu’une déclaration ne peut porter que sur les matières qui relèvent uniquement de l’al. 92(10)c: compte tenu de la portée générale des matières énumérées à l’art. 92, comme la propriété et les droits civils, cet argument aurait pour effet de neutraliser complètement le pouvoir déclaratoire de l’al. 92(10)c. De plus, rien dans le par. 92A(1) n’a pour effet d’abroger ou de neutraliser la déclaration faite à l’art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique*. En conséquence, le gouvernement fédéral avait compétence pour légiférer sur les relations de travail entre Ontario Hydro et des personnes employées dans le cadre des centrales nucléaires. La CRTO a déclaré qu’elle n’avait pas compétence pour examiner la demande d’accréditation de la Société puisque l’unité de négociation proposée comprenait des employés assujettis à la compétence fédérale en matière de droit du travail.

*La Cour divisionnaire (les juges Steele, Montgomery et White)*

La Cour divisionnaire a conclu que la mention particulière, à l’art. 92A, des installations destinées à la production d’énergie électrique a pour effet de les exclure de la catégorie d’ouvrages visés à l’al. 92(10)c. Les «ouvrages» prévus à l’al. 92(10)c ne peuvent être que les ouvrages et entreprises



This expression cannot refer to a power specifically granted to a province in s. 92A. Section 92A(1)(c) was enacted after the *Atomic Energy Control Act* and Parliament must be deemed to have known that it was placing the generation and production of electrical energy within the jurisdiction of the provinces. Therefore, s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* is inapplicable in so far as it purports to declare Ontario Hydro's works to be totally for the general advantage of Canada.

The Divisional Court held that Parliament had the jurisdiction to enact the *Atomic Energy Control Act* in the national interest under the peace, order and good government power ("p.o.g.g. power") in the opening words of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Parliament's p.o.g.g. power is residuary in nature and should be read together with the specific power in s. 92A(1)(c) not to exclude provincial jurisdiction except where absolutely necessary. Even where there is a conflict between s. 91 and s. 92, the doctrine of mutual modification holds that the general power should be narrowed to exclude the narrower class of subjects.

The Divisional Court also held that, under the double aspect doctrine, the federal p.o.g.g. power does not necessarily exclude provincial power over labour relations. The pith and substance of the *Atomic Energy Control Act* and the regulations passed under it, is not the management or labour relations of a facility. Section 92A(1)(c) gives the provinces the exclusive power to manage facilities for electrical energy; the provinces therefore have the power to legislate with respect to labour relations at those facilities. The *Atomic Energy Control Act* imposes aspects of Parliament's concerns that must be obeyed with respect to the works but this does not totally exclude provincial jurisdiction where the core undertaking is clearly provincial. The Divisional Court distinguished the decision of this Court in *Bell Canada v. Quebec (Commission*

d'une nature locale dont il est question au par. 92(10). Ce terme ne saurait se rapporter à un pouvoir spécifiquement conféré à une province par l'art. 92A. L'alinéa 92A(1)c) a été adopté après la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et il faut considérer que le Parlement savait qu'il plaçait la production d'énergie électrique sous la compétence des provinces. En conséquence, l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* n'est pas applicable dans la mesure où il a pour objet de déclarer que les ouvrages d'Ontario Hydro sont totalement à l'avantage général du Canada.

La Cour divisionnaire a statué que le Parlement avait compétence pour adopter la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* dans l'intérêt national en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement prévue dans le préambule de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence que le Parlement possède en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement est de nature résiduelle et devrait être interprétée conjointement avec le pouvoir spécifique prévu à l'al. 92A(1)c) de manière à ne pas exclure la compétence provinciale sauf s'il est absolument nécessaire de le faire. Même en cas de conflit entre les art. 91 et 92, il y a lieu, en vertu de la théorie de la modification mutuelle, de restreindre la compétence générale de façon à exclure la catégorie plus restreinte de sujets.

La Cour divisionnaire a aussi statué que, selon la théorie du double aspect, la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement n'exclut pas nécessairement la compétence provinciale en matière de relations de travail. De par leur caractère véritable, la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et son règlement d'application ne visent pas la gestion ou les relations de travail dans un établissement. L'alinéa 92A(1)c) confère aux provinces le pouvoir exclusif de gérer les installations destinées à la production d'énergie électrique; les provinces ont donc le pouvoir de légiférer relativement aux relations de travail dans ces installations. La *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* prescrit des aspects des préoccupations du Parlement dont il faut tenir compte au sujet des ouvrages, mais cela n'a pas pour effet

*de la santé et de la sécurité du travail*), [1988] 1 S.C.R. 749 (“*Bell Canada*”), since that case concerned a federal undertaking. Accordingly, under the double aspect doctrine, provincial labour legislation is applicable to the employees who work at the sites in question.

The Divisional Court held that Ontario Hydro is not a federal work or undertaking; therefore the *Canada Labour Code* does not apply according to the scope of the statute set out in s. 4. Further, Ontario Hydro is a “provincial public policy instrument” to which the statute should not be interpreted to apply. Only if Parliament validly amended the *Atomic Energy Control Act* to provide that it was in the national interest that all labour relations at nuclear generating sites be governed by federal legislation would provincial labour legislation be supplanted. The Divisional Court noted finally that the licence for the Bruce nuclear facility, which is representative of the licences issued to all of Ontario Hydro’s nuclear generating sites, indicates that all general laws of the province are applicable to the facility, subject to the conditions of the licence. The Ontario labour legislation is a law of general application in the province and can stand together with the federal requirements for health, safety and security.

The Divisional Court ordered that the decision of the OLRB be quashed and directed the OLRB to deal with the Society’s certification application.

#### *Ontario Court of Appeal*

Tarnopolsky J.A. (Lacourcière J.A. concurring)

Tarnopolsky J.A. indicated that there were two issues before the court. First, did the enactment of s. 92A remove electrical facilities from the cate-

d’exclure totalement la compétence des provinces lorsque l’entreprise fondamentale est clairement provinciale. La Cour divisionnaire a établi une distinction d’avec l’arrêt *Bell Canada c. Québec* (*Commission de la santé et de la sécurité du travail*), [1988] 1 R.C.S. 749 («*Bell Canada*»), puisque cet arrêt portait sur une entreprise fédérale. En conséquence, en vertu de la théorie du double aspect, la législation ouvrière provinciale est applicable aux employés qui travaillent aux endroits en question.

La Cour divisionnaire a conclu qu’Ontario Hydro n’est ni un ouvrage fédéral ni une entreprise fédérale; en conséquence, le *Code canadien du travail* ne s’applique pas selon le champ d’application énoncé à son art. 4. De plus, Ontario Hydro est un [TRADUCTION] «instrument provincial d’intérêt public» auquel le Code ne devrait pas s’appliquer. La législation ouvrière provinciale se trouverait supplantée seulement si le Parlement avait valide- ment modifié la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique* pour prévoir qu’il est dans l’intérêt national que les relations de travail dans les centrales nucléaires soient régies par la législation fédérale. La Cour divisionnaire a finalement souligné que le permis de la centrale nucléaire de Bruce, qui est représentatif des permis délivrés à toutes les centrales nucléaires d’Ontario Hydro, indique que toutes les lois générales de la province sont applicables à l’établissement, sous réserve des conditions du permis. La loi ouvrière de l’Ontario est une loi d’application générale dans la province, qui peut coexister avec les exigences fédérales en matière de santé et de sécurité.

La Cour divisionnaire a ordonné l’annulation de la décision de la CRTO et a demandé à cette dernière d’examiner la demande d’accréditation de la Société.

#### *La Cour d’appel de l’Ontario*

Le juge Tarnopolsky (à l’opinion duquel a sous- crit le juge Lacourcière)

Le juge Tarnopolsky a indiqué que deux questions avaient été soumises à la cour. Premièrement, l’adoption de l’art. 92A a-t-elle eu pour effet de

gory of works contemplated by s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, rendering the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* inapplicable to Ontario Hydro's nuclear generating facilities? Second, even if s. 18 does apply to Ontario Hydro's nuclear generating facilities, does Parliament's power extend to the labour relations of the employees of those facilities?

With respect to the first issue, Tarnopolsky J.A. held that the provincial legislative powers in s. 92A cannot be exercised to the exclusion of other federal powers. This view was supported by academic commentators and the pertinent proceedings of the Special Joint Committee on the Constitution. The Divisional Court erred in not distinguishing between activities concerning facilities for the generation of electricity (i.e., development, conservation and management) and the character or nature of those facilities (i.e., being local works). The wording of s. 92A fails to support the conclusion that electrical facilities were removed from the category of works contemplated by s. 92(10)(c).

Further, Tarnopolsky J.A. held that to accept that the federal declaratory power is an exception only to the provincial legislative authority over local works and undertakings in s. 92(10) would result in an absurdity. The jurisdictional basis of a matter over which a province has legislative competence may arise from any number of heads of power; there is no authority for the claim that legislative competence over a particular subject matter must be founded on or restricted to one head of provincial power. Tarnopolsky J.A. continued (at p. 760):

... I would endorse the finding of the OLRB that, if the declaratory power refers to local works or undertakings *only*, then s. 92 ¶ 16 — "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province" — would neutralize Parliament's power to declare anything to be for the general advantage of Canada, for undoubt-

retirer les installations de production d'énergie électrique de la catégorie des ouvrages visés au par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, rendant ainsi la déclaration faite à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* inapplicable aux centrales nucléaires d'Ontario Hydro? Deuxièmement, même si l'art. 18 s'applique aux centrales nucléaires d'Ontario Hydro, la compétence du Parlement s'étend-elle aux relations de travail des employés de ces établissements?

En ce qui concerne la première question, le juge Tarnopolsky a conclu que les pouvoirs législatifs provinciaux prévus à l'art. 92A ne sauraient être exercés de façon à exclure les autres pouvoirs fédéraux. Ce point de vue est appuyé par des commentateurs et les témoignages pertinents du Comité mixte spécial sur la Constitution. La Cour divisionnaire a commis une erreur en ne faisant pas de distinction entre les activités relatives aux installations de production d'énergie électrique (c.-à-d. l'aménagement, la conservation et la gestion) et le caractère ou la nature de ces installations (c.-à-d. le fait qu'il s'agisse d'ouvrages de nature locale). Le texte de l'art. 92A ne permet pas de conclure que les installations de production d'énergie électrique ont été retirées de la catégorie d'ouvrages visés par l'al. 92(10)c).

Le juge Tarnopolsky a, en outre, conclu qu'il serait absurde d'accepter que le pouvoir déclaratoire fédéral ne constitue une exception qu'à l'égard de la compétence législative provinciale sur les ouvrages et entreprises de nature locale, qui est conférée au par. 92(10). La compétence sur une matière relevant de la compétence législative d'une province peut découler d'un certain nombre de chefs de compétence: rien ne permet d'affirmer que la compétence législative sur un sujet particulier doit reposer sur un seul chef de compétence provinciale ou y être limitée. Le juge Tarnopolsky poursuit, à la p. 760:

[TRADUCTION] ... je souscrirais à la conclusion de la CRTO selon laquelle, si le pouvoir déclaratoire porte *seulement* sur les ouvrages ou entreprises de nature locale, le par. 92(16) («généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province») aurait alors pour effet de neutraliser le pouvoir

edly a local work could reasonably be found to be a matter of a local or private nature in the province. It is that absurdity which must be avoided. [Emphasis in original.]

Section 92A must be read in light of s. 91 using the doctrine of mutual modification, i.e., the provincial power in s. 92A should not be read to exclude the federal power in s. 92(10)(c) and s. 91(29) where the two powers can co-exist. Moreover, Parliament may touch on those classes of subjects assigned exclusively to the provinces under a valid exercise of its legislative powers.

Works or undertakings declared to be to the general advantage of Canada are withdrawn from provincial legislative competence through the operation of s. 92(10)(c) and s. 91(29). Since there is nothing to indicate that works within s. 92A were removed from the class of works in s. 92(10), there is nothing to preclude the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* from applying to Ontario Hydro's nuclear facilities. The declaration has the effect of granting Parliament control over these works. That control includes the power to regulate the operation of the work, including the employment of persons employed on such works (in this regard, Tarnopolsky J.A. relied on the decision of this Court in *Bell Canada, supra*).

Even if s. 92A removed electrical generating works from s. 92(10), Parliament could validly exercise jurisdiction over Ontario Hydro's nuclear generating facilities using its p.o.g.g. power from the opening words of s. 91. Section 92A does not detract from the scope of Parliament's authority under the p.o.g.g. power. Tarnopolsky J.A. held that "the regulation of atomic energy, as a matter of national concern, must include the labour relations of Ontario Hydro's nuclear facilities, in spite

du Parlement de déclarer quoi que ce soit à l'avantage général du Canada, puisqu'il ne fait pas de doute qu'un ouvrage de nature locale pourrait raisonnablement être considéré comme une matière de nature locale ou privée dans la province. C'est cette absurdité qu'il faut éviter. [En italique dans l'original.]

L'article 92A doit être interprété en fonction de l'art. 91, au moyen de la théorie de la modification mutuelle, c'est-à-dire que la compétence provinciale prévue à l'art. 92A ne devrait pas être interprétée de façon à exclure la compétence fédérale visée à l'al. 92(10)c) et au par. 91(29) lorsque les deux compétences peuvent coexister. De plus, le Parlement peut, en exerçant valablement ses pouvoirs législatifs, empiéter sur les catégories de sujets attribués exclusivement aux provinces.

Les ouvrages ou entreprises déclarés à l'avantage général du Canada sont soustraits à la compétence législative provinciale par l'application de l'al. 92(10)c) et du par. 91(29). Comme rien n'indique que les ouvrages visés à l'art. 92A ont été retirés de la catégorie des ouvrages visés au par. 92(10), rien n'empêche la déclaration figurant à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* de s'appliquer aux établissements nucléaires d'Ontario Hydro. Cette déclaration a pour effet de conférer au Parlement le contrôle sur ces ouvrages. Ce contrôle comprend le pouvoir d'en réglementer l'exploitation, dont l'emploi des personnes (sur ce point, le juge Tarnopolsky s'est fondé sur l'arrêt *Bell Canada*, précité, de notre Cour).

Même si l'art. 92A retirait du par. 92(10) les installations destinées à la production d'énergie électrique, le Parlement pourrait valablement exercer sa compétence sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro grâce au pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement qui lui est conféré dans le préambule de l'art. 91. L'article 92A ne porte pas atteinte à l'étendue de la compétence que possède le Parlement en vertu de son pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Le juge Tarnopolsky a décidé que [TRADUCTION] «la réglementation de l'énergie atomique, en tant que question d'intérêt national, doit inclure les relations de travail dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro, malgré les diffi-

of the practical difficulties that may be encountered as a result of this decision" (p. 764).

Tarnopolsky J.A. concluded (at p. 768):

In conclusion, Ontario Hydro's nuclear facilities are works that, although wholly situate within a province, are declared by Parliament to be for the general advantage of Canada within the meaning of s. 2(h) of the *Labour Code*. As indicated above, by s. 4 Parliament has expressly made the *Labour Code* applicable to all employees who are employed upon or in connection with such works as defined in s. 2. Ontario Hydro's nuclear workers, accordingly, must be governed by the federal *Labour Code*.

Galligan J.A., dissenting

Galligan J.A. felt that, according to the testimony of Arvo Niitenberg, Ontario Hydro's Senior Vice-President of Operations, the division of labour relations between two separate jurisdictions would cause Ontario Hydro serious practical difficulties. This result was to be avoided unless the Constitution required it. Galligan J.A. held that it was not necessary to decide whether federal jurisdiction over the nuclear generating sites arose from the federal declaratory power or from the federal p.o.g.g. power. He set out the issue in the case as follows (at p. 771):

Because Parliament has exclusive authority to regulate atomic energy it is not contested that it has power to regulate Hydro's five nuclear generating sites. The issue is whether, because of that authority it also has power, to the exclusion of the province, to regulate Hydro's labour relations with its employees working on or in connection with those generating stations.

Galligan J.A. distinguished this Court's trilogy on the interrelation of provincial statutes of general application with federal statutes regulating enterprises which come within Parliament's exclusive legislative sphere (*Bell Canada, supra*; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897) on the ground that the undertakings in those cases were truly federal while Ontario Hydro is a

cultés pratiques qui peuvent découler de cette décision» (p. 764).

Le juge Tarnopolsky conclut, à la p. 768:

[TRADUCTION] En conclusion, les établissements nucléaires d'Ontario Hydro sont des ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, sont déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada au sens de l'al. 2h) du *Code du travail*. Comme je l'ai déjà indiqué, le Parlement a, à l'art. 4, expressément rendu le *Code du travail* applicable à tous les employés dans le cadre d'une entreprise définie à l'art. 2. Les travailleurs des établissements nucléaires d'Ontario Hydro doivent donc être régis par le *Code canadien du travail*.

Le juge Galligan, dissident

Le juge Galligan était d'avis que, selon le témoignage d'Arvo Niitenberg, vice-président directeur des opérations d'Ontario Hydro, le partage des relations du travail entre deux ressorts distincts causerait à Ontario Hydro de graves difficultés pratiques. C'était là une situation à éviter, sauf si la Constitution l'exigeait. Le juge Galligan a statué qu'il n'était pas nécessaire de décider si la compétence fédérale sur les centrales nucléaires découlait du pouvoir déclaratoire ou du pouvoir en matière de paix, d'ordre ou de bon gouvernement. Il formule ainsi la question en litige dans l'affaire (à la p. 771):

[TRADUCTION] Parce que le Parlement a compétence exclusive pour réglementer l'énergie atomique, on ne conteste pas qu'il a le pouvoir de réglementer les cinq centrales nucléaires d'Ontario Hydro. La question est de savoir s'il possède aussi de ce fait la compétence, à l'exclusion de la province, de réglementer les relations de travail des personnes employées dans le cadre de ces centrales.

Le juge Galligan a distingué la trilogie de notre Cour sur la corrélation entre les lois provinciales d'application générale et les lois fédérales régissant les entreprises qui relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement (*Bell Canada, précité*, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, et *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897), pour le motif que les entreprises dans ces

provincial undertaking: "Only part of one of its many activities is within the federal sphere of legislative competence" (p. 772). He continued (at p. 773):

I think the principle to be drawn from the treatment of this subject in the trilogy is that a class of subject-matter within the exclusive legislative competence of Parliament will be held to include labour relations if labour relations is an integral part, an essential part or a vital part, of the exercise of that jurisdiction. To apply that principle to this case, I think that, if labour relations is an integral, essential or vital part of the power to regulate atomic energy at Hydro's nuclear generating sites, then the exception to the general rule of provincial power over labour relations would apply.

Galligan J.A. concluded that no evidence had been led to demonstrate that labour relations were such an integral part of the regulation of atomic energy. Indeed, since the federal government had not controlled labour relations at Ontario Hydro's nuclear generating sites to date, there was evidence that labour relations were not such an integral part of the regulation of atomic energy. For the same reason that labour relations of a federal undertaking must be regulated federally, the labour relations of a provincial undertaking should be regulated provincially. Therefore there was no reason to apply the exception to the general rule that labour relations fall within the exclusive jurisdiction of the provincial legislatures: "... if the provincial law does not bear on the specifically federal nature of the federal exercise of power the rule excluding application of the provincial law does not apply" (pp. 774-75).

The doctrine of federal paramountcy does not apply where there is no conflict between the two statutes (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838). Galligan J.A. was disinclined to interpret the stat-

arrêts étaient véritablement fédérales alors qu'Ontario Hydro est une entreprise provinciale: [TRADUCTION] «Seule une partie de l'une de ses nombreuses activités relève de la compétence législative fédérale» (p. 772). Il poursuit, à la p. 773:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe qu'il faut dégager de l'examen de cette question dans la trilogie est que l'on considérera qu'une catégorie de sujets relevant de la compétence législative exclusive du Parlement comprendra les relations de travail si ces relations constituent une partie intégrante, essentielle ou vitale, de l'exercice de cette compétence. Pour appliquer ce principe à la présente affaire, je crois que si les relations de travail constituent une partie intégrante, essentielle ou vitale du pouvoir de réglementer l'énergie atomique dans les centrales nucléaires d'Hydro, il y aurait alors application de l'exception à la règle générale de la compétence provinciale sur les relations de travail.

Le juge Galligan a conclu qu'on n'avait présenté aucun élément de preuve établissant que les relations de travail constituaient une partie intégrante de la réglementation de l'énergie atomique. En fait, puisque le gouvernement fédéral n'avait pas jusqu'alors contrôlé les relations de travail dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro, il y avait une preuve que les relations de travail ne faisaient pas partie intégrante de la réglementation de l'énergie atomique. Les relations de travail d'une entreprise provinciale devraient être réglementées par la province concernée, pour la même raison que celles d'une entreprise fédérale doivent être réglementées par le fédéral. Il n'y avait donc aucune raison d'appliquer l'exception à la règle générale selon laquelle les relations de travail relèvent de la compétence exclusive des législatures provinciales: [TRADUCTION] «... si le droit provincial ne porte pas sur la nature spécifiquement fédérale de l'exercice d'une compétence par le fédéral, alors la règle excluant l'application du droit provincial ne s'applique pas» (pp. 774 et 775).

La théorie de la prépondérance fédérale ne s'applique pas lorsqu'il n'y a pas de conflit entre les deux lois (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838). Le juge Galligan était peu disposé à interpréter

utes so as to create a conflict where they had been applied together without conflict for 25 years. While the licences issued by the AECB to Ontario Hydro's nuclear generating facilities contained provisions relating to the staffing of those stations, there was no demonstrated conflict between these provisions and Ontario Hydro's labour relations with its employees. Galligan J.A. would have dismissed the appeal and affirmed the order of the Divisional Court.

#### IV. The Constitutional Question

Does the *Labour Relations Act* of Ontario, R.S.O. 1980, c. 228 [now R.S.O. 1990, c. L.2], or the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, constitutionally apply to the matter of labour relations between Ontario Hydro and those of its employees who are employed in Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations which have been declared to be for the general advantage of Canada under s. 18 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16?

#### V. Issues

The constitutional question raises the following issues:

1. What are the nature and effect of the federal declaratory power?
2. May Parliament validly make declarations under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* with respect to nuclear electrical generating stations over which the provinces enjoy jurisdiction in the areas of development, conservation and management by virtue of s. 92A(1)(c) of the *Constitution Act, 1867*?
3. Does a valid declaration by Parliament under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* over nuclear electrical generating stations give Parliament jurisdiction over the labour relations of employees employed in those stations?
4. If Parliament's jurisdiction over nuclear electrical generating stations derives solely from the peace, order and good government clause of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, does that juris-

ter les lois de façon à créer un conflit dans un cas où elles avaient été appliquées conjointement sans problème depuis 25 ans. Même si les permis que la CCEA avait délivrés aux centrales nucléaires d'Ontario Hydro renfermaient des dispositions ayant trait à leur dotation en personnel, on n'avait pas démontré l'existence d'un conflit entre ces dispositions et les relations de travail d'Ontario Hydro avec ses employés. Le juge Galligan aurait rejeté l'appel et confirmé l'ordonnance de la Cour divisionnaire.

#### IV. La question constitutionnelle

La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228 [maintenant L.R.O. 1990, ch. L.2], ou le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, s'appliquent-ils, du point de vue constitutionnel, aux questions de relations du travail entre Ontario Hydro et ceux de ses employés qui travaillent dans ses centrales nucléaires qui ont été déclarées à l'avantage général du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16?

#### V. Les questions en litige

La question constitutionnelle soulève les questions suivantes:

1. Quels sont la nature et l'effet du pouvoir déclaratoire fédéral?
2. Le Parlement peut-il valablement faire des déclarations en vertu de l'al. 92(10)c de la *Loi constitutionnelle de 1867* relativement à des centrales nucléaires sur lesquelles les provinces ont compétence en matière d'aménagement, de conservation et de gestion en vertu de l'al. 92A(1)c de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. Une déclaration valide que le Parlement fait, en vertu de l'al. 92(10)c de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relativement aux centrales nucléaires confère-t-elle au Parlement compétence sur les relations de travail des employés de ces centrales?
4. Si la compétence du Parlement sur les centrales nucléaires découle seulement de la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, contenue à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle*

diction include the labour relations of employees employed in those stations?

*de 1867, cette compétence englobe-t-elle les relations de travail des employés de ces centrales?*

5. Is Ontario Hydro immune from the operation of the *Canada Labour Code* by virtue of interjurisdictional Crown immunity?

5. Ontario Hydro échappe-t-elle à l'application du *Code canadien du travail* en vertu de l'exclusivité des compétences?

VI. Analysis

VI. Analyse

1. *What are the nature and effect of the federal declaratory power?*

1. *Quels sont la nature et l'effet du pouvoir déclaratoire fédéral?*

(a) History of the Declaratory Power

a) Historique du pouvoir déclaratoire

The first appearance of a declaratory power that was to be given to the federal government was in the final Resolutions of the Quebec Conference of 1864. The power was listed with the other specific heads of power of the federal government and was worded as follows:

La première mention d'un pouvoir déclaratoire devant être accordé au gouvernement fédéral se trouve dans les résolutions finales de la Conférence de Québec de 1864. Ce pouvoir était énuméré avec les autres chefs de compétence spécifiques du gouvernement fédéral et était formulé en ces termes:

29. The General Parliament shall have power to make Laws for the peace, welfare and good Government of the Federated Provinces (saving the Sovereignty of England), and especially Laws respecting the following subjects:—

29. Le Parlement général aura le pouvoir de faire des lois pour la paix, le bien-être et le bon gouvernement des provinces fédérées (sans, toutefois, pouvoir porter atteinte à la souveraineté de l'Angleterre), et en particulier sur les sujets suivants:

11. All such works as shall, although lying wholly within any Province, be specially declared by the Acts authorizing them to be for the general advantage.

11. tous autres travaux qui, bien que situés dans une seule province, seront spécialement déclarés d'un avantage général, dans les lois qui les autoriseront;

In the final version of the *Constitution Act, 1867*, the declaratory power appeared as an exception to the provincial power over local works and undertakings:

Dans la version finale de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir déclaratoire figure comme une exception à la compétence provinciale sur les ouvrages et entreprises de nature locale:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:



c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

In its early years, the declaratory power was used almost exclusively in relation to local railways. The federal government began to make declarations regarding electricity companies as well as telegraph and other communications companies in the 1880s. The frequency of declarations, which was at its peak in the late 19th century, began to drop off in the early 20th century. The declaration over atomic energy at issue in this case was passed in 1946. Since the 1960s, the federal government has used the declaratory power only twice although old declarations are still reenacted along with the originating legislation (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at pp. 22-15 to 22-16, and A. Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement* (1969), at pp. 123-51).

Initialement, le pouvoir déclaratoire a été utilisé presque exclusivement à l'égard des chemins de fer locaux. Pendant les années 1880, le gouvernement fédéral a commencé à faire des déclarations concernant des compagnies d'électricité, ainsi que des compagnies de télégraphie et d'autres compagnies de communications. Le recours à ces déclarations, qui a connu son apogée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, a commencé à décroître au début du XX<sup>e</sup> siècle. La déclaration relative à l'énergie atomique ici en cause a été faite en 1946. Depuis les années 1960, le gouvernement fédéral s'est servi de son pouvoir déclaratoire seulement deux fois, bien que d'anciennes déclarations continuent d'être prorogées en même temps que la loi dont elles émanent (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, aux pp. 22-15 à 22-16, et A. Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement* (1969), aux pp. 123 à 151).

#### (b) Nature of the Declaratory Power

#### b) Nature du pouvoir déclaratoire

The federal declaratory power, which is found in the combined operation of s. 92(10)(c) and s. 91(29) of the *Constitution Act, 1867*, is unique in the constitutional division of powers. As Duff J. wrote for this Court in *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, at p. 220:

Le pouvoir déclaratoire fédéral, qui tire son existence de l'application conjuguée de l'al. 92(10)c) et du par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est unique dans le partage constitutionnel des compétences. Comme le juge Duff de notre Cour l'a écrit dans *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, à la p. 220:

The authority created by s. 92 (10c) is of a most unusual nature. It is an authority given to the Dominion Parliament to clothe itself with jurisdiction — exclusive jurisdiction — in respect of subjects over which, in the absence of such action by Parliament, exclusive control is, and would remain vested in the provinces. Parliament is empowered to withdraw from that control matters coming within such subjects, and to assume jurisdiction itself. It wields an authority which enables it, in effect, to rearrange the distribution of legislative powers effected directly by the Act, and, in some views of the enactment, to bring about changes of the most radical import, in that distribution; and the basis and condition of its action must be the decision by Parliament that the "work or undertaking" or class of works or undertak-

[TRADUCTION] Le pouvoir créé par l'al. 92(10)c) est des plus exceptionnels. C'est le pouvoir donné au Parlement du Dominion de s'attribuer la compétence — exclusive — sur des sujets qui seraient demeurés sous le contrôle exclusif des provinces, n'eût été cette action du Parlement. Celui-ci est investi du pouvoir de soustraire à ce contrôle les matières qui tombent dans cette catégorie de sujets et d'en assumer lui-même la compétence. Il exerce ainsi un pouvoir qui l'habilite en fait à remanier le partage des pouvoirs législatifs effectué directement par la Loi et, selon certaines perceptions de la disposition législative, à effectuer les changements les plus radicaux dans ce partage; et le fondement de même que la condition de cette action doivent être la décision par le Parlement que «l'ouvrage ou l'entreprise» ou la caté-

ings affected by that action is “for the general advantage of Canada,” or of two or more of the provinces; which decision must be evidenced and authenticated by a solemn declaration, in that sense, by Parliament itself.

Professor Hogg, *supra*, has also noted the exceptional nature of the federal declaratory power (at p. 22-17):

[T]he federal Parliament’s power under s. 92(10)(c) is in conflict with classical principles of federalism because it enables the federal Parliament, by its own unilateral act, to increase its own powers and diminish those of the provinces.

Former Chief Justice Bora Laskin referred to the federal declaratory power as “extraordinary” (see *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 627). The uniqueness of the federal declaratory power lies in Parliament’s ability to decide to assume jurisdiction over a work which would normally be within exclusive provincial jurisdiction.

How is this extraordinary power to be exercised by the federal Parliament? First, Parliament must make an explicit declaration that the work is for the general advantage of Canada, or of two or more provinces. Whether or not a work is for the general advantage of Canada is a policy decision of Parliament which will not normally be reviewed by the courts.

In *The Queen v. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335, the Alberta Court of Appeal indicated that the doctrine of colourability provides a limitation to the exercise of the declaratory power. However, as one commentator has argued:

[B]ecause of the very nature of the declaratory power, it is doubtful whether the doctrine of colourability would apply to it. The very purpose of s. 92(10)(c) is to extend federal jurisdiction into what otherwise would be the provincial field. Therefore the mere fact that by the declaration the federal Parliament intends to vest in itself jurisdiction over works which otherwise would be

gorie d’ouvrages ou d’entreprises touchées par cette action sont «à l’avantage général du Canada», ou de deux ou plusieurs provinces, laquelle décision doit être constatée et certifiée par une déclaration solennelle en ce sens par le Parlement lui-même.

Le professeur Hogg, *op. cit.*, a également souligné la nature exceptionnelle du pouvoir déclaratoire (à la p. 22-17):

[TRADUCTION] [L]e pouvoir que l’al. 92(10)c confère au Parlement fédéral va à l’encontre des principes classiques du fédéralisme parce qu’il permet au Parlement fédéral d’accroître ses propres pouvoirs et de diminuer ceux des provinces, d’une façon unilatérale.

L’ancien juge en chef Bora Laskin a qualifié d’«extraordinaire» le pouvoir déclaratoire fédéral (voir *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 1, à la p. 627). Le caractère exceptionnel du pouvoir déclaratoire fédéral tient à ce que le Parlement peut décider de s’attribuer compétence sur un ouvrage qui normalement relèverait de la compétence provinciale exclusive.

Comment le Parlement fédéral doit-il exercer ce pouvoir extraordinaire? Premièrement, le Parlement doit déclarer explicitement que l’ouvrage est à l’avantage général du Canada ou à l’avantage de deux ou plusieurs provinces. La question de savoir si un ouvrage est à l’avantage général du Canada est une décision de principe que prend le Parlement et qui normalement ne fait pas l’objet d’un contrôle judiciaire.

Dans l’arrêt *The Queen c. Thumlert* (1959), 20 D.L.R. (2d) 335, la Cour d’appel de l’Alberta a indiqué que la théorie du détournement de pouvoir constitue une restriction à l’exercice du pouvoir déclaratoire. Toutefois, comme le fait valoir un commentateur:

[TRADUCTION] [E]n raison de la nature même du pouvoir déclaratoire, il est douteux que la théorie du détournement de pouvoir s’y applique. L’objet même de l’al. 92(10)c est d’étendre la compétence fédérale à ce qui ressortirait par ailleurs aux provinces. En conséquence, le simple fait que, par sa déclaration, le Parlement fédéral a l’intention de s’attribuer compétence sur des

within provincial jurisdiction cannot itself be cause for complaint. . . .

(K. Hanssen, "The Federal Declaratory Power Under the British North America Act" (1968-69), *3 Man. L.J.* 87, at p. 103.)

Hanssen suggested that the only limit on Parliament's exercise of the declaratory power would be a narrow version of colourability, namely proof that Parliament had acted in bad faith in making a declaration. However, the Court does not need to decide for the purposes of the present appeal whether or not some form of the doctrine of colourability provides a limit on the federal declaratory power.

What may Parliament make the subject of a declaration under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*? Section 92(10)(c) refers to "Works" which stands in contrast to the reference in s. 92(10)(a) to "Works and Undertakings". This distinction would appear on its face to limit the federal declaratory power to works or tangible things and to exclude undertakings from the operation of the power. However, Parliament has on occasion declared undertakings to be works for the general advantage of Canada. This Court upheld one such declaration in *Quebec Railway Light & Power Co. v. Town of Beauport*, [1945] S.C.R. 16, which concerned a federal declaration that the undertaking of a company was a work to the general advantage of Canada. Both Rand J. and Hudson J. (who dissented in the result) recognized the validity of the declaration without any explicit discussion thereof. Rinfret J. was of the opinion that the declaration was meant to bring "the whole of the works of the company" within the declaration (p. 24). Davis J., who dissented in the result of the case, agreed with Rinfret J. and wrote as follows (at p. 29):

It seems to me that the word "undertaking" there used involves the totality of the works of the company and that the effect of the statute was that they were declared to be for the general advantage of Canada. Such a decla-

ouvrages qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale ne saurait justifier une plainte. . .

(K. Hanssen, «The Federal Declaratory Power Under the British North America Act» (1968-69), *3 Man. L.J.* 87, à la p. 103.)

Hanssen a laissé entendre que la seule restriction à l'exercice du pouvoir déclaratoire par le Parlement serait une interprétation stricte du détournement de pouvoir, notamment une preuve que le Parlement a agi de mauvaise foi en faisant une déclaration. Cependant, notre Cour n'a pas, aux fins du présent pourvoi, à décider si une certaine forme de la théorie du détournement de pouvoir constitue une restriction au pouvoir déclaratoire fédéral.

Qu'est-ce qui peut faire l'objet d'une déclaration par le Parlement en vertu de l'al. 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? L'alinéa 92(10)(c) parle d'«ouvrages» ce qui contraste avec la mention des «ouvrages et entreprises» que l'on trouve à l'al. 92(10)(a). À première vue, cette distinction paraîtrait restreindre le pouvoir déclaratoire fédéral aux ouvrages ou aux choses tangibles et soustraire les entreprises à l'exercice de ce pouvoir. Toutefois, le Parlement a, à l'occasion, déclaré que des entreprises étaient des ouvrages à l'avantage général du Canada. Notre Cour a confirmé une telle déclaration dans l'affaire *Quebec Railway Light & Power Co. c. Town of Beauport*, [1945] R.C.S. 16, où le fédéral avait déclaré que l'entreprise d'une société était un ouvrage à l'avantage général du Canada. Les juges Rand et Hudson (dissidents quant au résultat) ont tous deux reconnu la validité de la déclaration sans l'analyser d'une façon explicite. Le juge Rinfret s'est dit d'avis que la déclaration visait à inclure [TRADUCTION] «l'ensemble des ouvrages de la société» dans la déclaration (p. 24). Le juge Davis, dissident quant au résultat, était d'accord avec le juge Rinfret et a écrit ce qui suit (à la p. 29):

[TRADUCTION] Il me semble que le terme «entreprise» qui y est utilisé désigne la totalité des ouvrages de la société et que la Loi a eu pour effet de les déclarer à l'avantage général du Canada. Cette déclaration relevait

ration was within the competence of the Dominion Parliament when the meaning and scope of the statute is fairly construed.

Kerwin J. held at p. 32 that “no more extended meaning than the word ‘works’ [in s. 92(10)(c)] bears on its proper construction may be ascribed to the word ‘undertaking’ in section 1 of the 1895 Act”.

The line of reasoning that “undertaking” in a federal declaration refers only to the totality of a company’s works is thrown into doubt by other federal declarations, such as that found in s. 35 of the *Cape Breton Development Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-25, which declared the “works and undertakings operated or carried on” by various coal mining and railway companies on Cape Breton Island to be works for the general advantage of Canada. Decisions of this Court such as *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, have assumed that the federal government can declare undertakings as undertakings to be works for the general advantage of Canada.

Thus, Parliament may validly declare an undertaking to be a work for the general advantage of Canada. The outer limit of Parliament’s power to declare undertakings to be works for the general advantage of Canada is that the undertaking must be linked to a work. As Rand J. stated in his partially dissenting opinion in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, at p. 553, “Undertakings, existing without works, do not appear in 92(10)(c) and cannot be the subject of such a declaration”.

In my view, “undertaking” refers to the whole of the enterprise within which a work or works is or are situated. In this case, the undertaking is Ontario Hydro. The undertaking is to be distinguished from the set of integrated activities related directly to the work (here, the production of electricity using nuclear power) and from the work itself (the electrical nuclear generating facilities). In some

de la compétence du Parlement fédéral, selon une interprétation juste du sens et de la portée de la Loi.

<sup>a</sup> Le juge Kerwin conclut, à la p. 32, que [TRADUCTION] «l’on ne saurait attribuer au terme «entreprise» utilisé à l’article premier de la Loi de 1895 un sens plus large que celui que l’on peut, suivant une bonne interprétation, attribuer au terme <sup>b</sup> «ouvrages» que l’on trouve [à l’al. 92(10)c)]».

Le raisonnement selon lequel le terme «entreprise» dans une déclaration fédérale vise seulement la totalité des ouvrages d’une société se trouve ébranlé par d’autres déclarations fédérales, comme celles figurant à l’art. 35 de la *Loi sur la Société de développement du Cap-Breton*, L.R.C. (1985), ch. C-25, qui déclare que «[I]es travaux effectués et les entreprises exploitées» par diverses compagnies d’extraction de charbon et compagnies ferroviaires dans l’île du Cap-Breton sont des travaux à l’avantage général du Canada. Dans des arrêts comme *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, notre Cour a tenu pour acquis que le gouvernement fédéral peut déclarer que des entreprises sont des ouvrages à l’avantage général du Canada.

<sup>f</sup> Ainsi, le Parlement peut valablement déclarer qu’une entreprise est un ouvrage à l’avantage général du Canada. La limite extrême du pouvoir du Parlement de déclarer qu’une entreprise est un ouvrage à l’avantage général du Canada est que l’entreprise doit être liée à un ouvrage. Comme le juge Rand, dissident en partie, l’a affirmé dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, à la p. 553: <sup>g</sup> [TRADUCTION] «Les entreprises, sans ouvrages, ne figurent pas à l’al. 92(10)c) et ne sauraient faire l’objet d’une telle déclaration».

À mon avis, le terme «entreprise» vise l’ensemble de l’entreprise dans laquelle un ouvrage est situé. En l’espèce, l’entreprise est Ontario Hydro. L’entreprise doit être distinguée de la série d’activités intégrées qui se rattachent directement à l’ouvrage (en l’espèce, la production d’électricité par énergie nucléaire), et de l’ouvrage lui-même (la centrale nucléaire). À certains égards, toutes les

respects, all undertakings for the purposes of s. 92(10)(c) involve works but not all works may involve undertakings.

As I discussed above, the declaratory power has been used most often with respect to local railways. Other typical subjects of federal declarations include canals, bridges, harbours, telephones, grain elevators and factories of various kinds. Parliament has also made declarations with respect to national battlefields. As Professor Hogg, *supra*, has noted (at p. 22-18):

It appears, however, that the federal government and Parliament are sensitive to the anomalous character of the power and are now inclined to use the power only sparingly. It has been used very rarely in recent times.

### (c) The Effect of a Declaration

Having briefly considered the background to and nature of the federal declaratory power and how that power is exercised, one must deal with the most obvious question as to the effect of a declaration that a work is to the general advantage of Canada. To begin with, the Court has rejected the proposition that Parliament gains jurisdiction over no more than the physical shell of a work when it makes a declaration that a work is for the general advantage of Canada. In several cases involving grain elevators, the Court has held that jurisdiction over declared works includes jurisdiction to regulate the operations of declared works. One example of this is *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151, where Martland J. stated for the Court (at p. 159):

Having concluded that the premises in question here are works declared to be for the general advantage of Canada, it is clear that Parliament could control the quantities of grain which could be received into an elevator and could enact s. 16(2) of the *Canadian Wheat Board Act* as a means of exercising control over the work and that the appellant could properly be convicted of an offence under that subsection.

entreprises visées par l'al. 92(10)c) impliquent des ouvrages, mais ce ne sont pas tous les ouvrages qui impliquent des entreprises.

<sup>a</sup> Comme je l'ai déjà dit, le pouvoir déclaratoire a le plus souvent été utilisé à l'égard des chemins de fer locaux. Parmi les autres sujets typiques de déclarations fédérales, il y a des canaux, des ponts, des ports, des réseaux téléphoniques, des silos et divers types d'usines. Le Parlement a également fait des déclarations relativement à des champs de bataille nationaux. Comme le souligne le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 22-18:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Il appert toutefois que le gouvernement fédéral et le Parlement sont sensibles au caractère exceptionnel du pouvoir et qu'ils sont maintenant enclins à l'utiliser avec modération. Ce pouvoir a été fort peu utilisé dernièrement.

### c) L'effet d'une déclaration

<sup>e</sup> Après avoir examiné brièvement l'historique et la nature du pouvoir déclaratoire fédéral, de même que la façon dont il est exercé, il nous faut régler la question fort évidente de l'effet d'une déclaration qu'un ouvrage est à l'avantage général du Canada. <sup>f</sup> Tout d'abord, notre Cour a rejeté la proposition selon laquelle le Parlement n'acquiert compétence que sur l'enveloppe matérielle d'un ouvrage lorsqu'il le déclare à l'avantage général du Canada. Dans plusieurs arrêts portant sur des silos, notre Cour a statué que la compétence sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada comprend le pouvoir de réglementer les activités liées à ces ouvrages. Mentionnons à titre d'exemple l'arrêt *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151, où le juge Martland affirme, au nom de la Cour, à la p. 159:

<sup>i</sup> Ayant conclu que les immeubles dont il est question ici sont des ouvrages déclarés être à l'avantage général du Canada, il est clair que le Parlement pouvait contrôler les quantités de grain qui pouvaient être reçues dans un élévateur et pouvait édicter l'art. 16, par. (2), de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* pour exercer un contrôle sur l'ouvrage, et que l'appelant pouvait à juste titre être reconnu coupable d'une infraction en vertu de ce paragraphe.

Laskin, *supra*, has described federal jurisdiction over declared works as follows (at pp. 628-29):

[T]he result of a declaration of a "work" to be for the general advantage of Canada must surely be to bring within federal authority not only the physical shell or facility but also the integrated activity carried on therein; in other words, the declaration operates on the work in its functional character.

Contrary to the holding of Desjardins J.A. in her concurring reasons in *Shur Gain Division, Canada Packers Inc. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada*, [1992] 2 F.C. 3, at p. 34, Parliament's legislative jurisdiction over a declared work is not "plenary". As Beetz J. said for the Court in *Bell Canada, supra*, at p. 762:

[W]orks, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Parliament, are still subject to provincial statutes that are general in their application, whether municipal legislation, legislation on adoption, hunting or the distribution of family property, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction. . . .

The Court reaffirmed this principle in *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, *supra*, where Gonthier J. wrote for the Court (at p. 853):

The immunity pertaining to federal status applies to things or persons falling within federal jurisdiction, some specifically federal aspects of which would be affected by provincial legislation. This is so because these specifically federal aspects are an integral part of federal jurisdiction over such things or persons and this jurisdiction is meant to be exclusive.

It is the fundamental federal responsibility for a thing or person that determines its specifically federal aspects,

Voici comment Laskin, *op. cit.*, a décrit la compétence fédérale sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada (aux pp. 628 et 629):

[TRADUCTION] [L]e fait de déclarer un «ouvrage» à l'avantage général du Canada doit certainement avoir pour résultat de soumettre à la compétence fédérale non seulement l'enveloppe matérielle ou l'installation, mais également l'activité intégrée qui s'y exerce; autrement dit, la déclaration s'applique à l'ouvrage envisagé sous son angle fonctionnel.

Contrairement à ce que conclut le juge Desjardins dans les motifs concordants qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Division Shur Gain, Canada Packers Inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada*, [1992] 2 C.F. 3 (C.A.), à la p. 34, la compétence législative du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada n'est pas «totale». Comme le juge Beetz l'a affirmé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, à la p. 762:

[D]es ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, qu'il s'agisse de lois municipales, de lois sur l'adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale . . .

Notre Cour a confirmé ce principe dans l'arrêt *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, précité, où le juge Gonthier affirme, au nom de la Cour, à la p. 853:

L'immunité relative à la spécificité fédérale s'applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive.

C'est la responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne qui détermine

those which form an integral part of the exclusive federal jurisdiction over that thing or person.

As a result, when the federal government makes a declaration under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*, that a work is to the general advantage of Canada, Parliament obtains jurisdiction not only over the physical parts of the work but also over those aspects of the operation of the work which makes the work specifically of federal jurisdiction, i.e., those aspects of the work which make the work one for the general advantage of Canada.

This limit on Parliament's jurisdiction over a declared work is consistent with the interpretation of the declaratory power as a "narrow and distinct" power in order that the power not seriously encroach on provincial jurisdiction (*per* Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 671).

This limit is also consistent with the traditional approach to division of powers questions which has been one of balancing federal and provincial powers through the application of doctrines such as mutual modification, double aspect and pith and substance. The *Constitution Act, 1867* set up a federalist system of government for Canada and should be interpreted so as not to allow the powers of either Parliament or the provincial legislatures to subsume the powers of the other. As Henri Brun and Guy Tremblay have written:

[TRANSLATION] The history of the birth of the federation, the first "whereas" in the preamble to the *Constitution Act, 1867* and, in particular, the usually exclusive division of powers contained therein show clearly that the purpose of this Act was to establish a federal system.

That is why, in numerous decisions, the courts have tried to protect the federal foundations of the Canadian system. They have sought the maintenance of a certain balance between the federal government and the provinces.

(*Droit constitutionnel* (2nd ed. 1990), at p. 402.)

ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne. . .

En conséquence, lorsque le gouvernement fédéral déclare, en vertu de l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'un ouvrage est à l'avantage général du Canada, le Parlement acquiert compétence non seulement sur les parties matérielles de l'ouvrage mais aussi sur les aspects de l'exploitation de l'ouvrage qui ont pour effet de l'assujettir spécifiquement à la compétence fédérale, c'est-à-dire les aspects de l'ouvrage qui font qu'il est à l'avantage général du Canada.

Cette restriction de la compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada est compatible avec la façon d'interpréter le pouvoir déclaratoire comme un pouvoir «restreint et distinct» afin que ce pouvoir n'empiète pas sérieusement sur la compétence provinciale (le juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 671).

Cette restriction est également compatible avec la façon traditionnelle d'aborder les questions de partage des compétences, qui consiste à établir un équilibre entre les compétences fédérales et les compétences provinciales par l'application de théories comme celles de la modification mutuelle, du double aspect et du caractère véritable. La *Loi constitutionnelle de 1867* établit un régime fédéraliste de gouvernement pour le Canada et elle devrait être interprétée de façon à empêcher que les pouvoirs du Parlement ou d'une législature provinciale subsument les pouvoirs de l'autre. Comme l'ont écrit Henri Brun et Guy Tremblay:

L'histoire de la naissance de la fédération, le premier «considérant» du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, surtout, le partage de compétences le plus souvent exclusives qu'on y trouve démontrent à l'évidence que le but de cette Loi était d'instaurer un régime fédératif.

C'est pourquoi, dans de nombreux arrêts, les tribunaux ont voulu protéger les fondements fédératifs du système canadien. Ils en sont venus à chercher le maintien d'un certain équilibre entre le fédéral et les provinces.

(*Droit constitutionnel* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 402.)

This Court recognized the primacy of the balance between federal and provincial powers in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, where the Court held that a substantial measure of provincial consent was required by convention before the Canadian Constitution could be amended. The majority held that the reason for the convention was the federal principle (at pp. 905-6):

The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where the modification of provincial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities.

While the use of the declaratory power is not as dramatic as the unilateral amending of the Constitution, in my view the federal principle should be respected nonetheless. Parliament's jurisdiction over a declared work must be limited so as to respect the powers of the provincial legislatures but consistent with the appropriate recognition of the federal interests involved.

Confining Parliament's jurisdiction over declared works within the sphere of those aspects of the work which make the work of federal jurisdiction accords with the jurisprudence on Parliament's other unusual power, the power to legislate for the peace, order and good government of the country found in the preamble to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The cases concerning the p.o.g.g. power have developed a set of strict criteria which the federal government must meet before it can exercise its residual authority. This prevents the p.o.g.g. power from being abused to disturb the balance of federalism. See, for example, the decision of this Court in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, which I will discuss below.

To summarize, the federal declaratory power is unique in that under it, Parliament may decide as a matter of policy to withdraw a work or an under-

Notre Cour a reconnu la primauté de l'équilibre entre les compétences fédérales et provinciales dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, où elle a statué qu'un degré appréciable de consentement provincial était conventionnellement requis pour que la Constitution canadienne puisse être modifiée. Notre Cour à la majorité a conclu que la raison d'être de la convention était le principe fédéral (aux pp. 905 et 906):

Le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux.

Bien que l'utilisation du pouvoir déclaratoire ne soit pas aussi dramatique que la modification unilatérale de la Constitution, j'estime que le principe fédéral devrait être néanmoins respecté. La compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada doit être restreinte de façon à respecter les pouvoirs des législatures provinciales, mais compatible avec la reconnaissance appropriée des intérêts fédéraux en cause.

Restreindre la compétence du Parlement sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada aux aspects de l'ouvrage qui ont pour effet de l'assujettir à la compétence fédérale est compatible avec la jurisprudence relative à l'autre pouvoir exceptionnel du Parlement, celui de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du pays, que l'on trouve dans le préambule de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans cette jurisprudence, les tribunaux ont conçu une série de critères rigides auxquels le gouvernement fédéral doit satisfaire pour pouvoir exercer son pouvoir résiduel. Cela empêche qu'on abuse de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement pour modifier l'équilibre du fédéralisme. Voir, par exemple, l'arrêt de notre Cour *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, que j'examinerai plus loin.

En résumé, le pouvoir déclaratoire fédéral est exceptionnel en ce qu'en vertu de ce pouvoir le Parlement peut décider en principe de soustraire à



taking linked to works from what would normally be provincial jurisdiction by declaring the work or undertaking to be a work for the general advantage of Canada, or of two or more provinces. Parliament's jurisdiction over a declared work is not plenary, but extends only to those aspects of the work which make the work specifically of federal jurisdiction. Put another way, Parliament obtains exclusive jurisdiction to regulate those aspects of the work that are integral to the federal interest in the work.

2. *May Parliament validly make declarations under s. 92(10)(c) of the Constitution Act, 1867 with respect to nuclear electrical generating stations over which the provinces enjoy jurisdiction in the areas of development, conservation and management by virtue of s. 92A(1)(c) of the Constitution Act, 1867?*

The parties do not dispute that the combined effect of s. 92(10)(c) and s. 91(29) of the *Constitution Act, 1867* is to give the federal government the power to declare works to be for the general advantage of Canada and to bring those works within the exclusive jurisdiction of Parliament. Parliament has made an express declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* that all works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy are works to the general advantage of Canada. It is not contested that Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations are works which by definition fall within Parliament's declaration. However, Ontario Hydro and CUPE submit that Parliament's declaration is not valid with respect to nuclear electrical generating stations.

The argument of Ontario Hydro and CUPE, which was accepted by the Divisional Court, is that where identified types of works (such as electrical generating facilities) are specifically assigned to the exclusive jurisdiction of the provinces, the federal declaratory power cannot operate with respect to those works for two reasons. First,

ce qui serait normalement la compétence d'une province un ouvrage ou une entreprise liée à des ouvrages, en déclarant que cet ouvrage ou cette entreprise est à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces. La compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada n'est pas totale, mais porte seulement sur les aspects de l'ouvrage qui le font relever spécifiquement de la compétence fédérale. Autrement dit, le Parlement acquiert le pouvoir exclusif de réglementer les aspects de l'ouvrage qui font partie intégrante de l'intérêt fédéral dans l'ouvrage en question.

2. *Le Parlement peut-il valablement faire des déclarations en vertu de l'al. 92(10)c) de la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à des centrales nucléaires sur lesquelles les provinces ont compétence en matière d'aménagement, de conservation et de gestion en vertu de l'al. 92A(1)c) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

Les parties ne contestent pas que l'al. 92(10)c) et le par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pour effet conjugué de conférer au gouvernement fédéral le pouvoir de déclarer des ouvrages à l'avantage général du Canada, et de les assujettir à la compétence exclusive du Parlement. Le Parlement a déclaré expressément à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* que les ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique sont à l'avantage général du Canada. On ne conteste pas que les centrales nucléaires d'Ontario Hydro sont des ouvrages qui, par définition, sont visés par la déclaration du Parlement. Toutefois, Ontario Hydro et le SCFP soutiennent que la déclaration du Parlement n'est pas valide relativement à ces centrales.

Selon l'argument d'Ontario Hydro et du SCFP, qui a été accepté par la Cour divisionnaire, lorsque l'on confère aux provinces une compétence exclusive sur des types précis d'ouvrages (comme, par exemple, des installations destinées à la production d'énergie électrique), le pouvoir déclaratoire fédéral ne peut, pour deux motifs, être exercé à l'égard

the federal declaratory power is authorized only with respect to local works under s. 92(10) which does not include local works which fall under another head of s. 92. Second, the federal declaratory power is a general power which must be read narrowly to exclude those classes of subjects which are assigned exclusively to the provincial legislatures.

With respect to the first reason, the Ontario Court of Appeal rejected Ontario Hydro and CUPE's argument that the declaratory power applies only to works which do not fall within the terms of any other subject matter enumerated in s. 92. The basis on which the Ontario Court of Appeal rejected this argument was that it would result in an absurdity since, for example, s. 92(16) gives the provinces exclusive jurisdiction over all matters of a merely local or private nature in the province. This would mean that the declaratory power could never be exercised because s. 92(16) would prohibit its exercise. I find the response of the Court of Appeal persuasive on this point. I would also point out that the argument of Ontario Hydro and CUPE depends on construing the various heads of power as mutually exclusive watertight compartments and on slotting every matter into one and only one head of power. The watertight compartments approach to the interpretation of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* has often been rejected by the courts, and rightly so (see, for example, *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 180-81).

Ontario Hydro refined its argument before this Court to claim in the alternative that the federal declaratory power applies only to works which do not fall within a category specifically assigned to the provinces, such as electrical generating facilities under s. 92A(1)(c). However, this argument has no merit since under s. 92A(1)(c), it is not the works themselves which are given to provincial jurisdiction, but the conservation, development and management of those works. As the Court of

de ces ouvrages. Premièrement, le pouvoir déclaratoire fédéral ne peut être exercé qu'à l'égard des ouvrages de nature locale visés au par. 92(10), ce qui ne comprend pas les ouvrages de nature locale qui tombent sous un autre chef de l'art. 92. Deuxièmement, le pouvoir déclaratoire fédéral est un pouvoir général qui doit être interprété d'une façon restrictive de façon à exclure les catégories de sujets attribués exclusivement aux législatures provinciales.

Pour ce qui est du premier motif, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argument d'Ontario Hydro et du SCFP selon lequel le pouvoir déclaratoire fédéral ne peut être exercé qu'à l'égard des ouvrages qui ne sont pas visés par un autre sujet énuméré à l'art. 92. Le motif pour lequel la Cour d'appel a rejeté cet argument était qu'il mènerait à une absurdité puisque, par exemple, le par. 92(16) confère aux provinces une compétence exclusive sur toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Cela signifierait que le pouvoir déclaratoire ne pourrait jamais être exercé parce que le par. 92(16) interdirait de le faire. À mon avis, la réponse de la Cour d'appel est convaincante sur ce point. Je tiens aussi à faire remarquer qu'Ontario Hydro et le SCFP, dans leur argument, interprètent les divers chefs de compétence comme des compartiments étanches mutuellement exclusifs et se trouvent à classer chaque matière sous un seul et unique chef de compétence. Cette façon d'interpréter les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, fondée sur des compartiments étanches, a souvent été rejetée par les tribunaux, et ce, à juste titre (voir, par exemple, *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, aux pp. 180 et 181).

Devant notre Cour, Ontario Hydro a poussé plus loin son argument pour soutenir que, subsidiairement, le pouvoir déclaratoire fédéral ne peut être exercé qu'à l'égard des ouvrages qui ne tombent pas dans une catégorie spécifiquement attribuée aux provinces, comme les installations destinées à la production d'énergie électrique dont il est question à l'al. 92A(1)(c). Toutefois, cet argument est mal fondé puisque la compétence provinciale est attribuée non pas à l'égard des ouvrages eux-

Appeal held, it is an error not to distinguish between activities concerning facilities for the generation of electricity (i.e., development, conservation and management) and the character or nature of those facilities (i.e., being works). It is still open to the federal government to make a declaration that a work of a type specifically mentioned in s. 92A(1)(c) is to the general advantage of Canada, bringing the work under federal jurisdiction. The question, which will be addressed below, is what sort of jurisdiction does the federal government gain over a work mentioned in s. 92A(1)(c) through the operation of such a declaration, given that the provinces have explicitly been assigned the exclusive jurisdiction over the management of those works.

As I mentioned above, Ontario Hydro and CUPE argued that the second reason why works which are specifically identified in s. 92 are not subject to the declaratory power is that the federal declaratory power is a general power which must be read narrowly to exclude those classes of subjects assigned exclusively to the provinces. This argument refers to the interpretative process known as the doctrine of mutual modification which was established by the Privy Council in *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, where the Privy Council said at pp. 108-9:

With regard to certain classes of subjects, therefore, generally described in sect. 91, legislative power may reside as to some matters falling within the general description of these subjects in the legislatures of the provinces. In these cases it is the duty of the Courts, however difficult it may be, to ascertain in what degree, and to what extent, authority to deal with matters falling within these classes of subjects exists in each legislature, and to define in the particular case before them the limits of their respective powers. It could not have been the intention that a conflict should exist; and, in order to prevent such a result, the two sections must be read together, and the language of one interpreted, and, where necessary, modified, by that of the other. In this

mêmes, mais à l'égard de la conservation, de l'aménagement et de la gestion de ces ouvrages. Comme l'a conclu la Cour d'appel, c'est une erreur de ne pas établir une distinction entre les activités relatives aux installations destinées à la production d'énergie électrique (c.-à-d. l'aménagement, la conservation et la gestion) et le caractère ou la nature de ces installations (c.-à-d. le fait que ce sont des ouvrages). Il est encore loisible au gouvernement fédéral de déclarer qu'un ouvrage d'un type spécifiquement mentionné à l'al. 92A(1)(c) est à l'avantage général du Canada et de le faire ainsi relever de la compétence fédérale. J'examinerai plus loin quel type de compétence le gouvernement fédéral se trouve à acquérir relativement à un ouvrage mentionné à l'al. 92A(1)(c) lorsqu'il fait une telle déclaration, compte tenu du fait que les provinces se sont vu conférer expressément la compétence exclusive sur la gestion de ces ouvrages.

Comme je l'ai déjà mentionné, Ontario Hydro et le SCFP ont soutenu que le deuxième motif pour lequel le pouvoir déclaratoire fédéral ne peut être exercé à l'égard des ouvrages qui sont expressément énumérés à l'art. 92 est que ce pouvoir déclaratoire est un pouvoir général qui doit être interprété restrictivement de façon à exclure les catégories de sujets qui sont exclusivement attribués aux provinces. Cet argument renvoie au processus d'interprétation, connu sous le nom de théorie de la modification mutuelle, que le Conseil privé a établi dans *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, où il affirme aux pp. 108 et 109:

[TRADUCTION] Par conséquent, en ce qui a trait à certaines catégories de sujets décrits en termes généraux à l'art. 91, il se peut que la compétence législative sur certains aspects d'un sujet, pris dans son ensemble, appartienne aux législatures provinciales. Chaque fois que cela se produit, et même si la question à trancher est extrêmement compliquée, les tribunaux ont le devoir de déterminer jusqu'à quel point et de quelle façon chaque législature a compétence pour légiférer sur les questions tombant dans ces catégories de sujets et de définir, dans chaque cas précis qui leur est soumis, les limites de leurs pouvoirs respectifs. On n'a certainement pas voulu qu'il y ait conflit; pour empêcher un tel résultat, les deux articles doivent se lire en corrélation, et les termes

way it may, in most cases, be found possible to arrive at a reasonable and practical construction of the language of the sections, so as to reconcile the respective powers they contain, and give effect to all of them. In performing this difficult duty, it will be a wise course for those on whom it is thrown, to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon an interpretation of the statute than is necessary for the decision of the particular question in hand.

This method of balancing the provisions in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* was adopted by this Court in *Reference re Waters and Water-Powers, supra*, where Duff J. wrote for the Court (at p. 216):

There is nothing more clearly settled than the proposition that in construing section 91, its provisions must be read in light of the enactments of section 92, and of the other sections of the Act, and that where necessary, the *prima facie* scope of the language may be modified to give effect to the Act as a whole.

However, as already mentioned, since the works themselves have not been specifically assigned to the provinces under s. 92A(1)(c), there is no apparent conflict between the federal declaratory power and the provincial jurisdiction over management which would require a reading down of the federal declaratory power. Further, given that the very nature of the declaratory power is to enable Parliament to assume jurisdiction over a work which would otherwise be within provincial jurisdiction, it is arguable that the doctrine of mutual modification is of little application to the determination of what works are subject to the federal declaratory power.

Despite the lack of conflict between the federal declaratory power and the provincial power over management, Ontario Hydro argued that Parliament gave up its declaratory power over nuclear electrical generating stations when s. 92A was added to the *Constitution Act, 1867* in 1982. I note that Ontario Hydro, as well as the Ontario Court of Appeal, placed some emphasis on what Parliament

de l'un interprétés et, lorsque nécessaire, modifiés, par ceux de l'autre. De cette manière, on pourra, dans presque tous les cas, en arriver à une interprétation équitable et pratique des termes de ces articles, de façon à réconcilier les compétences respectives qu'ils contiennent et leur donner plein effet. En accomplissant ce devoir difficile, il serait sage que ceux qui en sont chargés jugent de leur mieux chaque affaire qui se présente, sans pousser l'interprétation de la Loi plus loin que ne l'exige le règlement de la question soumise.

Cette méthode consistant à maintenir l'équilibre entre les dispositions des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été adoptée par notre Cour dans *Reference re Waters and Water-Powers, précité*, où le juge Duff affirme, au nom de la Cour, à la p. 216:

[TRADUCTION] Il n'est rien de plus clairement établi que le principe selon lequel, pour interpréter l'art. 91, il faut lire ses dispositions à la lumière des dispositions de l'art. 92 et des autres articles de la Constitution et que, quand cela est nécessaire, la portée apparente des mots employés peut être modifiée pour donner effet à la Constitution dans son ensemble.

Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, puisque les ouvrages eux-mêmes n'ont pas été expressément attribués aux provinces en vertu de l'al. 92A(1)c), il n'existe pas, entre le pouvoir déclaratoire fédéral et la compétence provinciale sur la gestion, de conflit apparent qui forcerait à donner une interprétation atténuée au pouvoir déclaratoire fédéral. De plus, étant donné que, de par sa nature même, le pouvoir déclaratoire vise à permettre au Parlement de s'attribuer la compétence sur un ouvrage qui relèverait par ailleurs de la compétence provinciale, on peut soutenir que la théorie de la modification mutuelle est de peu d'utilité pour déterminer quels ouvrages sont assujettis au pouvoir déclaratoire fédéral.

Malgré l'absence de conflit entre le pouvoir déclaratoire fédéral et la compétence provinciale sur la gestion, Ontario Hydro a soutenu que le Parlement avait renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les centrales nucléaires au moment où l'art. 92A a été ajouté à la *Loi constitutionnelle de 1867*, en 1982. Je souligne qu'Ontario Hydro ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario ont insisté dans une cer-

must have intended when s. 92A was ratified as part of the *Constitution Act, 1867*. In my view, CUPE is correct in indicating that Tarnopolsky J.A. should not have relied so heavily on the Minutes of the Special Joint Committee on the Constitution in concluding that s. 92A was not meant to diminish the federal declaratory power. However, neither can Ontario Hydro claim that Parliament must be deemed to have known that it was neutralizing its past declarations or its future declaratory power with respect to nuclear electrical generating stations.

This Court has indicated that the Minutes of the Special Joint Committee on the Constitution carry limited weight in the arena of constitutional interpretation (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509, where Lamer J., as he then was, held with respect to interpreting the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that "it would in my view be erroneous to give these materials anything but minimal weight"). This Court has never adopted the practice more prevalent in the United States of basing constitutional interpretation on the original intentions of the framers of the Constitution. Rather, in Canada, constitutional interpretation rests on giving a purposive interpretation to the wording of the sections. As Professor Hogg notes in "The Charter of Rights and American Theories of Interpretation" (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 87, at pp. 97-98:

The principle of progressive interpretation of the constitution is as firmly established in Canada as is the principle of minimal reliance on legislative history. The Supreme Court has repeatedly asserted that the language of the constitution is not to be frozen in the sense in which it would have been understood in 1867. Rather, the constitution is to be regarded as "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits".

While the wording of s. 92A is unambiguous that management of electrical generating facilities is within the exclusive jurisdiction of the province, the section does not indicate that any special reservation from the federal declaratory power was

taine mesure sur ce que devait être l'intention du Parlement lorsque l'art. 92A a été ratifié en tant que partie de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, le SCFP a eu raison d'indiquer que le juge Tarnopolsky n'aurait pas dû accorder tant d'importance aux procès-verbaux du Comité mixte spécial sur la Constitution lorsqu'il a conclu que l'art. 92A n'était pas destiné à réduire le pouvoir déclaratoire fédéral. Toutefois, Ontario Hydro ne peut pas soutenir non plus qu'il faut considérer que le Parlement savait qu'il neutralisait ses déclarations antérieures ou son futur pouvoir déclaratoire à l'égard des centrales nucléaires.

Notre Cour a indiqué que les procès-verbaux du Comité mixte spécial sur la Constitution ont une importance restreinte dans le domaine de l'interprétation de la Constitution (voir le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 509, où le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a conclu, au sujet de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que «ce serait une erreur, à mon avis, de leur accorder une grande importance»). Notre Cour n'a jamais adopté la pratique plus répandue aux États-Unis qui consiste à interpréter la Constitution en fonction des intentions originales des rédacteurs de la Constitution. Au Canada, l'interprétation de la Constitution consiste plutôt à donner à ses dispositions une interprétation fondée sur l'objet visé. Comme le fait remarquer le professeur Hogg dans «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 87, aux pp. 97 et 98:

[TRADUCTION] Le principe d'interprétation progressive de la Constitution est aussi fermement ancré au Canada que le principe du recours minimal à l'historique législatif. La Cour suprême a maintes fois répété que le texte de la Constitution ne doit pas être compris dans le sens où il l'aurait été en 1867. La Constitution doit plutôt être considérée comme «un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles».

Bien que le texte de l'art. 92A indique clairement que la gestion des installations destinées à la production d'énergie électrique relève de la compétence exclusive de la province, cette disposition ne précise pas qu'une réserve spéciale a été appor-

made. In my opinion, Parliament did not give up its declaratory power over nuclear electrical generating stations when s. 92A of the *Constitution Act, 1867* was added to the Constitution in 1982.

I would add that these conclusions accord with academic writings on s. 92A which have indicated that the resource amendment, as the section is called, increased provincial power with respect to the raising revenues from resources and to regulating the development and production of resources without diminishing Parliament's pre-existing powers. See R. D. Cairns, M. A. Chandler and W. D. Moull, "Constitutional Change and the Private Sector: The Case of the Resource Amendment" (1986), 24 *Osgoode Hall L.J.* 299, at p. 300; and W. D. Moull, "The Legal Effect of the Resource Amendment — What's New in Section 92A", in J. P. Meekison, R. J. Romanow and W. D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (1985), 33, at pp. 53-54.

As I noted above, the scope of federal jurisdiction over the works it makes subject to declarations is not absolute in the context of traditional interpretations of federalism and the declaratory power. Therefore, Ontario Hydro's exhortation that this Court must, by removing certain classes of works from the ambit of the declaratory power, stand firm against the onslaught of federal gutting of all provincial power through the declaratory power loses its force.

The declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* is therefore valid with respect to Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations which are works within the definition of that section. This declaration brought Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations as works within the jurisdiction of Parliament which, according to the opening words of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, is exclusive jurisdiction. The next question to be addressed is whether or not Parliament's exclusive jurisdiction over On-

tée en vue de soustraire ces installations au pouvoir déclaratoire fédéral. À mon avis, le Parlement n'a pas renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les centrales nucléaires lorsque l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été ajouté à la Constitution en 1982.

Je tiens aussi à préciser que ces conclusions sont compatibles avec les articles de doctrine portant sur l'art. 92A, selon lesquels la modification concernant les ressources, comme on l'appelle, a accru la compétence des provinces relativement à la collecte de revenus tirés des ressources et à la réglementation de l'aménagement et de la production des ressources, et ce, sans diminuer les pouvoirs fédéraux préexistants. Voir R. D. Cairns, M. A. Chandler et W. D. Moull, «Constitutional Change and the Private Sector: The Case of the Resource Amendment» (1986), 24 *Osgoode Hall L.J.* 299, à la p. 300, et W. D. Moull, «The Legal Effect of the Resource Amendment — What's New in Section 92A», dans J. P. Meekison, R. J. Romanow et W. D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (1985), 33, aux pp. 53 et 54.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'étendue de la compétence fédérale sur les ouvrages visés par une déclaration n'est pas absolue dans le contexte de l'interprétation traditionnelle du fédéralisme et du pouvoir déclaratoire. En conséquence, n'a plus d'effet l'argument d'Ontario Hydro selon lequel notre Cour doit, en soustrayant certaines catégories d'ouvrages à la portée du pouvoir déclaratoire, s'opposer à ce que le fédéral dépouille de son contenu toute la compétence provinciale par l'exercice de son pouvoir déclaratoire.

La déclaration contenue à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* est donc valide en ce qui concerne les centrales nucléaires d'Ontario Hydro, qui sont des ouvrages au sens de cette disposition. Cette déclaration a eu pour effet de faire des centrales nucléaires d'Ontario Hydro des ouvrages relevant de la compétence du Parlement, qui est exclusive d'après le préambule de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut ensuite examiner si cette compétence exclusive que le Parlement possède sur les centrales nucléaires d'Onta-

tario Hydro's nuclear generating facilities as works includes the labour relations of employees employed in those stations.

3. *Does a valid declaration by Parliament under s. 92(10)(c) of the Constitution Act, 1867 over nuclear electrical generating stations give Parliament jurisdiction over the labour relations of employees employed in those stations?*

To answer this question, one should begin with the proposition that, generally speaking, labour relations are a matter falling under the provincial jurisdiction over property and civil rights found in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. This was the conclusion of the Privy Council in *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, when they struck down the federal *Industrial Disputes Investigation Act, 1907*, S.C. 1907, c. 20, which purported to regulate industrial disputes in the mining industry as well as public utilities.

Beginning with the decision of the Court in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, *supra*, there came to be recognized a principle that, despite jurisdiction over labour relations being normally a matter under provincial jurisdiction, where federal undertakings were concerned Parliament obtained legislative authority over labour relations. The rationale behind this principle is that labour relations are an integral part of an undertaking and Parliament cannot effectively regulate an undertaking without control over labour relations. Martland J. held for the Court in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, *supra*, at p. 772:

In my opinion all matters which are a vital part of the operation of an interprovincial undertaking as a going concern are matters which are subject to the exclusive legislative control of the federal parliament within s. 91(29). . . . Similarly, I feel that the regulation and control of the scale of wages to be paid by an inter-

rio Hydro en tant qu'ouvrages comprend celle sur les relations de travail des employés de ces centrales.

3. *Une déclaration valide que le Parlement fait, en vertu de l'al. 92(10)c) de la Loi constitutionnelle de 1867, relativement aux centrales nucléaires confère-t-elle au Parlement compétence sur les relations de travail des employés de ces centrales?*

Pour répondre à cette question, il y a lieu de partir du principe selon lequel les relations de travail relèvent généralement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est ce qu'a conclu le Conseil privé dans *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396, lorsqu'il a déclaré inopérante la *Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*, S.C. 1907, ch. 20, qui avait pour objet de réglementer les différends industriels dans l'industrie minière et dans le domaine des services publics.

À commencer par l'arrêt de notre Cour *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, précité, on en est venu à reconnaître un principe voulant que le Parlement ait compétence pour légiférer sur les relations de travail dans les entreprises fédérales, même si les relations de travail constituent normalement une matière de compétence provinciale. Ce principe repose sur la notion selon laquelle les relations de travail font partie intégrante d'une entreprise et le Parlement ne peut réglementer efficacement une entreprise s'il n'exerce pas un contrôle sur les relations de travail. Le juge Martland a conclu, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, précité, à la p. 772:

[TRADUCTION] À mon avis, toutes les matières qui constituent une partie essentielle de l'exploitation d'une entreprise interprovinciale en tant qu'entreprise active sont des matières soumises au contrôle législatif exclusif du Parlement fédéral, en conformité avec le par. 91(29). [ . . . ] J'estime de même que la réglementation et le contrôle de l'échelle des salaires que doit payer une entre-

provincial undertaking, such as that of the respondent, is a matter for exclusive federal control.

This theme was taken up in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, which was the first of the cases in this area to articulate the rules by which the sharing of jurisdiction over labour relations is to be achieved. *Construction Montcalm* concerned the issue of whether provincial minimum wage laws were applicable to the labour relations of a construction company involved in the construction of Mirabel airport on federal Crown land. Beetz J. wrote the reasons for the majority and made the following statement of the law (at pp. 768-69):

The issue must be resolved in the light of established principles the first of which is that Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*. By way of exception however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject: *In re the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act* (the *Stevedoring* case). It follows that primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence; thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one. . .

The Court held that there was nothing specifically federal about Construction Montcalm's business simply because it was building an airport. Therefore Construction Montcalm was not immune from

prise interprovinciale comme celle de l'intimée est une matière qui tombe exclusivement sous le contrôle fédéral.

<sup>a</sup> Ce thème a été repris dans *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, qui est le premier des arrêts en la matière où on a formulé les règles applicables au partage de la compétence sur les relations de travail. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les lois provinciales relatives au salaire minimum étaient applicables aux relations de travail d'une compagnie de construction qui participait à la construction de l'aéroport de Mirabel sur des terrains appartenant au gouvernement fédéral. Le juge Beetz, qui a rédigé les motifs de la majorité, énonce ainsi le droit applicable (aux pp. 768 et 769):

<sup>d</sup> Cette question doit être tranchée selon les principes établis, le premier étant que les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*. Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet: *In re la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* (l'arrêt *Stevedoring*). Il s'ensuit que la compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale. Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale. . .

<sup>j</sup> Dans cet arrêt, notre Cour a statué que l'entreprise Construction Montcalm n'avait rien de spécifiquement fédéral du seul fait qu'elle procédait à la construction d'un aéroport. En conséquence, Cons-



the operation of provincial laws regarding minimum wages and other conditions of employment.

The Court reaffirmed the principles of *Construction Montcalm in Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, where Dickson J. stated since labour relations are integral to the operation of an undertaking, service or business, labour relations will be removed from provincial jurisdiction where federal undertakings are concerned. Northern Telecom was appealing the decision of the Canada Labour Relations Board certifying the respondent union as the bargaining agent for a unit of Northern Telecom's installation supervisors. The Court was unable to determine the nature of Northern Telecom's business on the evidence before the Court, and dismissed Northern Telecom's appeal on the ground that Northern Telecom had failed to show reversible error by the Canada Labour Relations Board.

The most recent series of cases in this area is the trilogy of *Bell Canada*, *Courtois* and *Alltrans Express*, *supra*. Again, these decisions emphasized that, where a federal undertaking is concerned, jurisdiction over labour relations will fall to the federal government. As Beetz J. held in the lead case of the trilogy, *Bell Canada*, *supra*, at pp. 761-62:

... Parliament is vested with exclusive legislative jurisdiction over labour relations and working conditions when that jurisdiction is an integral part of its primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects, as is the case with labour relations and working conditions in the federal undertakings covered by ss. 91(29) and 92(10)a., b. and c. of the *Constitution Act, 1867*, that is undertakings such as *Alltrans Express Ltd.*, *Canadian National* and *Bell Canada*.

Although these cases concluded that federal jurisdiction over labour relations automatically flows from federal jurisdiction over an undertaking because labour relations are an integral part of the management of an undertaking, they are not dis-

truction Montcalm n'échappait pas à l'application des lois provinciales relatives au salaire minimum et à d'autres conditions de travail.

a Notre Cour a repris les principes de l'arrêt *Construction Montcalm* dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, où le juge Dickson a affirmé que, puisqu'elles font partie intégrante de l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, les relations de travail échappent à la compétence provinciale dans le cas d'entreprises fédérales. Northern Telecom interjetait appel de la décision du Conseil canadien des relations du travail d'accréditer le syndicat intimé à titre d'agent négociateur d'une unité de surveillants du service d'installation de Northern Telecom. Notre Cour n'a pas été en mesure de déterminer la nature de l'exploitation de Northern Telecom à partir de la preuve dont elle était saisie, et elle a rejeté l'appel interjeté par Northern Telecom pour le motif que celle-ci n'avait pas réussi à démontrer que le Conseil canadien des relations du travail avait commis une erreur justifiant l'annulation.

La plus récente série d'arrêts dans ce domaine est la trilogie *Bell Canada*, *Courtois* et *Alltrans Express*, précitée. Encore une fois, ces arrêts font ressortir que la compétence sur les relations de travail appartient au gouvernement fédéral dans le cas d'une entreprise fédérale. Comme le juge Beetz l'a conclu dans l'arrêt de principe de la trilogie, *Bell Canada*, précité, aux pp. 761 et 762:

... Le Parlement est investi d'une compétence législative exclusive sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi lorsque cette compétence fait partie intégrante de sa compétence principale et exclusive sur une autre catégorie de sujets, comme c'est le cas pour les relations et conditions de travail des entreprises fédérales visées par les par. 91(29) et 92(10)a., b. et c. de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit des entreprises telles *Alltrans Express Ltd.*, les *Chemins de fer nationaux* et *Bell Canada*.

Bien que ces arrêts concluent que la compétence fédérale sur les relations de travail découle automatiquement de la compétence fédérale sur une entreprise parce que les relations de travail font partie intégrante de la gestion d'une entreprise, ils

positive of the case at bar for two reasons. First, we are concerned here with works and not undertakings, and the parties have conceded that Ontario Hydro is a provincial undertaking. Second, the Court must consider the effect of the explicit grant of authority to the provinces in s. 92A over management of electrical generating facilities.

However, the cases I have just discussed do provide the general analytic framework within which to determine who has jurisdiction over labour relations at Ontario Hydro's nuclear electrical generating facilities. The question to be answered is whether or not federal authority over labour relations is integral to the exercise of federal competence over the nuclear electrical generating plants as works declared to be to the general advantage of Canada. As I see it, answering this question in turn raises three additional questions. In the first place, what is the character of labour relations, both generally and in the context of nuclear generating of electricity? Secondly, what is the nature of Parliament's competence over Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations? And finally, what is the effect of s. 92A?

As to the first question, I note at the outset that the Ontario and federal labour codes are substantially similar. Indeed, labour codes across Canada largely correspond to one another. As George Adams (now Mr. Justice Adams) has noted:

Obviously not all provisions are identical; each jurisdiction has included in its own legislation measures which reflect or are designed to respond to the economic, political and cultural forces peculiar to it. Nevertheless, the over-all tenor of the legislative enactments throughout Canada remains remarkably similar.

(*Canadian Labour Law* (2nd ed. 1993), at p. 2-94.)

Canadian labour legislation is concerned with developing procedures for the interaction between management and employees. Each code governs the rules under which unions are certified as bargaining agents, under which collective agreements

ne permettent pas de trancher le présent pourvoi pour deux raisons. Premièrement, il s'agit en l'espèce d'ouvrages et non d'entreprises, et les parties ont reconnu qu'Ontario Hydro est une entreprise provinciale. Deuxièmement, notre Cour doit examiner quel est l'effet de l'attribution explicite aux provinces, à l'art. 92A, de la compétence sur la gestion des installations destinées à la production d'énergie électrique.

Cependant, les arrêts que je viens d'analyser offrent un cadre analytique général qui sert à déterminer qui a compétence sur les relations de travail dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro. Il faut déterminer si la compétence fédérale sur les relations de travail fait partie intégrante de l'exercice de la compétence fédérale sur les centrales nucléaires en tant qu'ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada. À mon avis, cette question en soulève trois autres: D'abord, quelle est la nature des relations de travail, tant du point de vue général que dans le contexte de la production d'électricité par une centrale nucléaire? Ensuite, quelle est la nature de la compétence du Parlement sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro? Et enfin, quelle est l'effet de l'art. 92A?

En ce qui concerne la première question, je souligne au départ que les codes ontarien et fédéral du travail sont très semblables. En fait, les codes du travail adoptés dans l'ensemble du Canada sont en grande partie similaires. Comme l'a fait remarquer George Adams (maintenant juge):

[TRADUCTION] De toute évidence, les dispositions ne sont pas toutes identiques; chaque ressort a inclus dans sa loi des mesures qui tiennent compte des forces économiques, politiques et culturelles qui lui sont propres ou qui sont destinées à y répondre. Néanmoins, la teneur globale de ces textes législatifs dans tout le Canada demeure remarquablement similaire.

(*Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 2-94.)

La législation ouvrière canadienne vise la mise au point de procédures régissant l'interaction des cadres et des employés. Chaque code énonce les règles en vertu desquelles des syndicats sont accrédités comme agents négociateurs, des conventions

are negotiated, and under which strikes and lock-outs may proceed legally. There is usually no prescribed content to collective agreements, except that the agreement be for a definite term and that it contain a method for settling disputes during the life of the agreement. <sup>a</sup>

Of course, the form that Canadian labour legislation has taken is only one consideration in describing the character of labour relations as a matter for constitutional purposes. It may be said that labour relations law is generally concerned with the regulation and control of industrial disputes, and not with the unique concerns of individual industries except where industry-specific measures have been enacted. It is also apparent that Canadian labour law is concerned with the equalization of power between workers and employers to protect workers from the arbitrary exercise of authority. Professor David M. Beatty has asserted that this latter goal of labour legislation has become paramount in Canadian labour law: <sup>b</sup>

Whereas the earlier regulation was directed primarily to securing a balance of interests favourable to employers and consumers, in our own time legislators have been more concerned to promote and protect the interests a worker has in his or her job. Instead of procuring labour peace in the community by legal sanctions of criminal and civil liability, in more recent times it has been purchased by legislation aimed at enhancing the opportunity for self-control. <sup>c</sup>

Taken together, all the laws we have come to rely upon to regulate and coordinate work activities in our community, can be seen as providing more extensive forms of protection for workers against arbitrary authority. <sup>d</sup>

(*Putting the Charter to Work* (1987), at p. 41.) <sup>e</sup>

Thus, there are two primary features to labour relations: the preservation of industrial peace and the empowerment of workers. It remains to be seen whether or not these features make the legislative control of labour relations integral to Parlia- <sup>f</sup>

collectives sont négociées, et des grèves et des lock-outs peuvent avoir lieu légalement. Ils ne prescrivent pas habituellement le contenu des conventions collectives, sauf qu'ils précisent que la convention doit être d'une durée déterminée et renfermer un mécanisme de règlement des différends pendant la durée de la convention.

Il va sans dire que la forme qu'a revêtue la législation ouvrière canadienne constitue un seul élément à prendre en considération quand il s'agit de décrire la nature des relations ouvrières en tant que sujet visé par la Constitution. On peut affirmer que les lois sur les relations de travail portent généralement sur la réglementation et le contrôle des différends industriels, et non sur les préoccupations exceptionnelles d'une industrie en particulier, sauf lorsque des mesures propres à une industrie ont été adoptées. Il appert également que la législation ouvrière canadienne vise à répartir également les pouvoirs entre les travailleurs et les employeurs de façon à protéger les travailleurs contre l'exercice de pouvoir arbitraire. Le professeur D. M. Beatty a affirmé que ce dernier objectif de la législation ouvrière est devenu prépondérant en droit du travail canadien: <sup>g</sup>

[TRADUCTION] Alors que les textes antérieurs visaient principalement à assurer un équilibre entre les intérêts favorables aux employeurs et aux consommateurs, les législateurs contemporains sont plus intéressés à favoriser et à protéger les intérêts qu'un travailleur possède relativement à son emploi. Au lieu d'assurer la paix ouvrière dans la collectivité au moyen de sanctions légales de nature criminelle ou civile, on a obtenu plus récemment cette paix au moyen de lois destinées à accroître les chances d'autonomie. <sup>h</sup>

Prises globalement, on peut considérer que toutes les lois auxquelles nous en sommes venus à nous fier pour ce qui est de réglementer et de coordonner les activités ouvrières dans notre collectivité protègent davantage les travailleurs contre l'exercice de pouvoir arbitraire. <sup>i</sup>

(*Putting the Charter to Work* (1987), à la p. 41.) <sup>j</sup>

Ainsi, deux éléments importants caractérisent les relations de travail: le maintien de la paix industrielle et l'attribution de pleins pouvoirs aux travailleurs. Il reste à savoir si ces caractéristiques font du contrôle législatif sur les relations de tra-

ment's effective exercise of its jurisdiction over the nuclear plants of Ontario Hydro.

The second question is the nature of Parliament's competence over Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations. When Parliament made the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act* the federal government obtained exclusive jurisdiction over the specifically federal aspects of nuclear electrical generating stations such as those owned and operated by Ontario Hydro. The preamble to the *Atomic Energy Control Act* provides a statement of the federal interest in atomic energy. That statement also provides the parameters of the federal interest in the operations of the nuclear electrical generating facilities since the preamble effectively defines what Parliament determined to be to the general advantage of Canada with respect to the means of production of atomic energy. I reproduce the preamble for convenience:

WHEREAS it is essential in the national interest to make provision for the control and supervision of the development, application and use of atomic energy and to enable Canada to participate effectively in the measures of international control of atomic energy that may hereafter be agreed on;

There is nothing in this statement, nor in the rest of the Act, that explicitly or implicitly reveals a federal interest in regulating labour relations. It is apparent from the *Atomic Energy Control Act* that the uniquely federal aspect of Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations is the fact of nuclear production, with all its attendant safety, health and security concerns.

The terms of the *Atomic Energy Control Act* are relevant to determining what Parliament itself determined was integral to the exercise of its jurisdiction over atomic energy. So too are the terms of the regulatory scheme put in place under the Act. Nothing in these regulations indicates any interest in labour relations. Indeed, the mandatory licences for facilities which use nuclear fuel to produce electricity contemplate reporting labour disturbances, but are silent on the need for federal control over labour disputes. Of course, with respect to

vail une partie intégrante de l'exercice efficace par le Parlement de sa compétence sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro.

La deuxième question porte sur la nature de la compétence du Parlement sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro. Lorsque le Parlement a fait la déclaration mentionnée à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, le gouvernement fédéral s'est vu conférer une compétence exclusive sur les aspects spécifiquement fédéraux des centrales nucléaires telles que celles que possède et exploite Ontario Hydro. Le préambule de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* énonce quel est l'intérêt fédéral dans l'énergie atomique. Cet énoncé établit aussi les paramètres de l'intérêt fédéral dans les activités des centrales nucléaires puisque le préambule définit réellement ce que le Parlement a jugé être à l'avantage général du Canada quant aux méthodes de production de l'énergie atomique. Pour des motifs de commodité, je reproduis ce préambule:

Considérant qu'il est essentiel, dans l'intérêt national, de pourvoir au contrôle et à la surveillance de l'exploitation et des applications et usages de l'énergie atomique et de permettre au Canada de participer d'une manière efficace aux mesures de contrôle international de l'énergie atomique dont il pourra être convenu. . .

Rien dans cet énoncé ou dans le reste de la Loi ne révèle explicitement ou implicitement l'existence d'un intérêt fédéral dans la réglementation des relations de travail. Il ressort de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* que la seule dimension fédérale des centrales nucléaires d'Ontario Hydro est la production d'énergie nucléaire, et toutes les questions de santé et de sécurité qui s'y rattachent.

Le texte de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* est pertinent pour déterminer ce que le Parlement lui-même a considéré comme faisant partie intégrante de l'exercice de sa compétence sur l'énergie atomique. Il en est de même du texte du règlement d'application de la Loi. Rien dans ce règlement n'indique l'existence d'un intérêt dans les relations de travail. En fait, les permis obligatoires destinés aux installations qui utilisent un combustible nucléaire pour la production d'énergie électrique prévoient la nécessité de rendre compte

Parliament's intent, it may be argued that s. 4 of the *Canada Labour Code* proclaims all works declared to the general advantage of Canada to be subject to federal labour laws. Obviously a more detailed inquiry into the relationship between Parliament's jurisdiction over the works in question and the matter of labour relations must be undertaken.

This inquiry must proceed in the light of the third question, namely what is the effect on this issue of s. 92A of the *Constitution Act, 1867*. This section of the Constitution grants to the provinces the exclusive jurisdiction over the "development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy" (emphasis added). Ontario Hydro's nuclear electrical generating facilities fall within this provision of the *Constitution Act, 1867*. Past jurisprudence, such as *Bell Canada, supra*, has held that regulation of labour relations is integral to the regulation of the management of an undertaking. This strengthens the presumption of provincial jurisdiction over labour relations in the specific context of this case since Ontario has been given constitutional jurisdiction over the management of works such as Ontario Hydro's nuclear electrical generating sites.

I emphasize that the province's jurisdiction over the management of the nuclear electrical generating stations does not come by way of a unilateral statutory assertion. Section 92A of the *Constitution Act, 1867* is an explicit constitutional statement of jurisdiction, and not a self-serving assertion of jurisdiction. There is no higher authority for the interpretation of the federal declaratory power in the specific circumstances of this case than another provision of the Constitution, namely s. 92A. The specific constitutional grant to the provinces of jurisdiction over the management of electrical generating stations combines with both the presumption that labour relations fall to the provinces and the fact that Ontario Hydro as a whole is a provincial undertaking to weigh heavily against a finding

de l'existence de conflits de travail, mais non la nécessité d'un contrôle fédéral de ces conflits. On peut certes soutenir, relativement à l'intention du Parlement, que l'art. 4 du *Code canadien du travail* stipule que tous les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada sont assujettis aux lois fédérales en matière de travail. De toute évidence, il faut procéder à un examen plus détaillé du rapport entre la compétence fédérale sur les ouvrages en question et la question des relations de travail.

Cet examen doit être effectué à la lumière de la troisième question qui est de savoir quel est l'effet de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur ce point? Cet article de la Constitution confère aux provinces une compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants: «aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique» (je souligne). Les centrales nucléaires d'Ontario Hydro sont visées par cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Des arrêts antérieurs, comme *Bell Canada*, précité, ont établi que la réglementation des relations de travail fait partie intégrante de la gestion d'une entreprise. Cela renforce la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail dans le présent contexte puisque l'Ontario s'est vu conférer par la Constitution une compétence sur la gestion d'ouvrages comme les centrales nucléaires d'Ontario Hydro.

Je tiens à souligner que la compétence provinciale sur la gestion des centrales nucléaires ne découle pas d'une déclaration législative unilatérale. L'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* est une déclaration explicite de compétence dans la Constitution, et non une déclaration intéressée de compétence. Dans les circonstances de l'espèce, une autre disposition de la Constitution, savoir l'art. 92A, est ce qu'il y a de mieux pour interpréter le pouvoir déclaratoire fédéral. L'attribution spécifique aux provinces, par la Constitution, de la compétence sur la gestion des installations destinées à la production d'énergie électrique, conjuguée à la présomption que les relations de travail relèvent des provinces et au fait qu'Ontario Hydro est dans l'ensemble une entre-

that the federal government exercises the type of jurisdiction over the nuclear electrical generating plants such that control over labour relations is federal.

In view of the answers to these three questions, can control of labour relations be said to be integral to the effective exercise of federal jurisdiction over Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations? Unfortunately, the record is almost non-existent on the practical necessity of control by one jurisdiction or the other over labour relations in this particular case. Provincial labour laws have been applied to some of the employees at one of Ontario Hydro's nuclear plants without any problem for 25 years. However, that evidence cannot be conclusive in determining constitutional jurisdiction over the labour relations of all the employees employed at the nuclear plants, including the scientific and engineering employees. The Attorney General of Canada has filed no evidence on this point since its position is that it need not justify its control over labour relations at a federally declared work. Ontario Hydro filed several affidavits from company officials purporting to address the problems that divided jurisdiction over labour relations within the company would raise. But again, these affidavits are not dispositive of the issue, particularly since the officials' only complaint is that divided jurisdiction would create uncertainty.

I am therefore faced with the difficult task of determining jurisdiction over labour relations in this case with the help of very little evidence. I stated above that the federal interest in Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations is the fact of nuclear production and its attendant health and safety concerns. I also concluded that labour relations legislation is generally concerned with regulating the process of industrial relations and aims at securing both industrial peace and better working conditions for workers. In the context of labour relations, the safety of workers and of the public appears to be the most significant of the

prise provinciale, s'oppose fortement à la conclusion que le gouvernement fédéral exerce sur les centrales nucléaires le type de compétence qui ferait relever du fédéral le contrôle sur les relations de travail.

Compte tenu des réponses données à ces trois questions, peut-on dire que le contrôle des relations de travail fait partie intégrante de l'exercice efficace de la compétence fédérale sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro? Malheureusement, le dossier ne mentionne pratiquement rien sur la nécessité pratique du contrôle par un ressort ou l'autre sur les relations de travail. Les lois ouvrières provinciales s'appliquent sans problème depuis 25 ans à certains employés de l'une des centrales nucléaires d'Ontario Hydro. Toutefois, cette preuve ne saurait être concluante pour déterminer la compétence constitutionnelle sur les relations de travail de tous les employés des centrales nucléaires, y compris les scientifiques et les ingénieurs. Le procureur général du Canada n'a produit aucune preuve sur ce point puisqu'il est d'avis qu'il n'a pas à justifier son contrôle sur les relations de travail au sein d'un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada. Ontario Hydro a produit plusieurs affidavits des dirigeants de la société, qui abordent ostensiblement les problèmes que créerait une compétence partagée sur les relations de travail au sein de la société. Mais encore là, ces affidavits ne règlent pas la question en litige, étant donné particulièrement que la seule plainte des dirigeants porte sur l'incertitude qu'engendrerait une compétence partagée.

Je dois donc m'attaquer à la difficile tâche de déterminer, à partir de très peu d'éléments de preuve, qui en l'espèce a compétence sur les relations de travail. J'ai déjà affirmé que l'intérêt fédéral dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro réside dans la production d'énergie nucléaire et les questions de santé et de sécurité qui s'y rattachent. J'ai également conclu que les lois sur les relations de travail visent généralement à réglementer les relations industrielles ainsi qu'à garantir la paix industrielle et de meilleures conditions de travail pour les employés. Dans le contexte des relations de travail, la sécurité des travailleurs et du public

federal government's interests. Therefore, I have tried to consider those labour relations issues which could impact on the safe operation of the plant. In my opinion, there are two potential concerns. First, a collective agreement negotiated under provincial labour legislation might contain provisions which would interfere with the staffing requirements in the licences issued under the *Atomic Energy Control Act*. Second, a lockout by Ontario Hydro or other work stoppage under provincial labour law could threaten the safe operation of the plant. Both of these concerns appear to me to be easily addressed.

Section 8 of the *Atomic Energy Control Regulations*, C.R.C. 1978, c. 365, forbids the operation of a nuclear facility except in accordance with a licence issued by the AECB. The licences issued by the AECB may contain such conditions as the AECB deems necessary "in the interests of health, safety and security" (s. 9(2)). The licences issued to Ontario Hydro set out a variety of such conditions (see generally pp. 501-9 C.O.A.). Staffing and organization of the nuclear plants must conform with a specified organization plan that is filed with the AECB. Any changes to that plan must be reported to the AECB. The AECB must approve in writing staffing of certain management and supervisory positions. The licence also specifies minimum staffing levels to ensure the safe operation of the nuclear facility, as well as the training that some employees are required to receive. Finally, there are requirements that any concerns affecting the safety or security of the plant must be reported to the AECB.

Any collective agreement provision that contravened these conditions, imposed pursuant to a valid federal regulation over a federal aspect of the nuclear facility, would be null and void because the provisions of the federal licence would be paramount. Valid federal legislation regarding nuclear

paraît être le plus important des intérêts du gouvernement fédéral. En conséquence, j'ai tenté d'examiner les questions de relations ouvrières susceptibles d'avoir un effet sur l'exploitation sécuritaire de la centrale. À mon avis, il y a deux problèmes possibles. Premièrement, une convention collective négociée sous le régime de la législation ouvrière provinciale pourrait renfermer des dispositions qui iraient à l'encontre des exigences en matière de dotation prévues dans les permis délivrés en vertu de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Deuxièmement, un lock-out par Ontario Hydro ou tout autre arrêt de travail en vertu de la législation ouvrière provinciale pourrait nuire à l'exploitation sécuritaire de la centrale. Il me semble que ces questions peuvent être facilement réglées.

L'article 8 du *Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique*, C.R.C. 1978, ch. 365, interdit d'exploiter un établissement nucléaire sauf aux termes d'un permis délivré par la CCEA. Les permis délivrés par la CCEA peuvent stipuler les conditions que la CCEA estime nécessaires «dans l'intérêt de l'hygiène, de la sûreté et de la sécurité» (par. 9(2)). Les permis délivrés à Ontario Hydro énoncent toute une gamme de conditions semblables (voir, de manière générale, aux pp. 501 à 509 du dossier). La dotation en personnel et l'organisation des centrales nucléaires doivent être conformes à un organigramme précis déposé auprès de la CCEA. Cette dernière doit être informée de tout changement apporté à cet organigramme et elle doit approuver par écrit la dotation de certains postes de gestion et de surveillance. Les permis prescrivent également le nombre minimal d'employés requis pour garantir l'exploitation sécuritaire de l'établissement nucléaire, ainsi que la formation qui doit être donnée à certains employés. Enfin, ces permis précisent également que toute préoccupation en matière de sûreté et de sécurité de la centrale doit être signalée à la CCEA.

Toute convention collective qui irait à l'encontre de ces conditions, imposées conformément à un règlement fédéral valide portant sur un aspect fédéral de l'établissement nucléaire, serait nulle et sans effet puisque les dispositions du permis fédéral auraient prépondérance. Comme l'ont reconnu

plants would be paramount over provincial legislation and collective agreements reached pursuant to provincial legislation, as counsel for Ontario Hydro and the Society conceded in their oral submissions. The double aspect doctrine applies here. The federal licence, federal regulations and the *Atomic Energy Control Act* are in pith and substance directed towards the regulation of the safety of nuclear electrical generating facilities and the effective control of the development and use of reactors. The Ontario *Labour Relations Act* is in pith and substance directed towards the regulation of the relations between employees and employers. The two can operate concurrently, except in cases of outright conflict in which case the provisions of the federal law would apply under the doctrine of paramountcy.

Further, on a practical level, if a collective agreement led to the violation of the licence conditions, the ABCB could shut the plant down by revoking or suspending the licence under which the plant operates (see ss. 27 and 28 of the *Atomic Energy Control Regulations*).

The evidence does not disclose that work stoppages represent a significant threat to safety. The licences under which Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations operate seem to allow for work stoppages: the licences require the reporting of any actual or impending industrial disputes "which could affect the safety or security of the nuclear facility" (Art. A.A. 19, sub-article (v)). The licences do not prohibit work stoppages. Further, the affidavit of Ontario Hydro's Senior Vice-President of Operations outlines the practical concerns the company must face in the event of an imminent strike. This affidavit suggests that a temporary shut-down in the event of a strike, while undesirable, is a response that would preserve public safety in extreme cases.

As a result, federal control of labour relations does not appear to be integral to the effective regulation of the federal government's concerns with respect to Ontario Hydro's nuclear electrical gen-

les avocats d'Ontario Hydro et de la Société dans leurs plaidoiries, une loi fédérale valide sur les centrales nucléaires aurait prépondérance sur une loi provinciale et sur les conventions collectives conclues en application d'une loi provinciale. La théorie du double aspect s'applique en l'espèce. Le permis fédéral, le règlement fédéral et la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* visent, de par leur caractère véritable, la réglementation de la sécurité des centrales nucléaires et le contrôle efficace de la mise au point et de l'utilisation de réacteurs. La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario vise, de par son caractère véritable, la réglementation des relations entre les employés et les employeurs. Ces deux lois peuvent être appliquées simultanément, sauf en cas de conflit total auquel cas les dispositions de la loi fédérale s'appliqueraient en vertu de la théorie de la prépondérance.

De plus, en pratique, si une convention collective entraînait la violation des conditions du permis, la CCEA pourrait fermer la centrale en en révoquant ou en en suspendant le permis d'exploitation (voir les art. 27 et 28 du *Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique*).

Il ne ressort pas de la preuve que les arrêts de travail représentent une menace sérieuse pour la sécurité. Les permis d'exploitation des centrales nucléaires d'Ontario Hydro semblent pourvoir aux arrêts de travail: ces permis exigent de rendre compte des circonstances présentes ou imminentes de conflits ouvriers [TRADUCTION] «qui pourraient affecter la sécurité ou la sûreté de l'établissement nucléaire» (art. A.A. 19, sous-al. (v)). Les permis n'interdisent pas les arrêts de travail. En outre, l'affidavit du vice-président directeur des opérations d'Ontario Hydro expose les problèmes pratiques auxquels se heurte la société face à une grève imminente. Cet affidavit laisse entendre qu'en cas de grève la fermeture provisoire, quoique peu souhaitable, est une réaction qui permettrait de préserver la sécurité du public dans les cas extrêmes.

En définitive, le contrôle fédéral sur les relations de travail ne paraît pas faire partie intégrante de la réglementation efficace des questions relatives aux centrales nucléaires d'Ontario Hydro, qui préoccu-



erating facilities. Both staffing and work stoppages would be tempered by the conditions of the licences issued by the federal AECB. Moreover, if specific safety issues were of concern to the federal government, it could legislate with respect to those issues under its valid interest in safety flowing from its jurisdiction over the declared works. This would result in some trenching on provincial powers over labour relations and the management of electrical generating sites. However, the necessary trenching on provincial jurisdiction is much more in harmony with the principles of federalism than is the wholesale withdrawing of labour relations from provincial jurisdiction.

As I discussed above, the conclusion that labour relations are not integral to the exercise of federal jurisdiction is only strengthened by the presence of s. 92A of the *Constitution Act, 1867*. This section expressly provides for provincial jurisdiction over the management of electrical generating sites, including those fuelled by nuclear reactors. Provincial control over labour relations appears to me to be integral to provincial jurisdiction over the management of nuclear electrical generating facilities. Further, as accepted by everyone, Ontario Hydro as a whole is a provincial undertaking. In this regard, I would adopt the reasoning of Galligan J.A., who dissented in the Ontario Court of Appeal. In discussing the trilogy of cases headed by *Bell Canada*, Galligan J.A. stated as follows (at p. 774):

I made earlier reference to what seems to me to be a fundamental distinction between the situation in the trilogy of cases and the situation in this case. Those undertakings were truly national while this is undoubtedly provincial. The general language used by Beetz J. in those cases must be considered in that context and care should be taken so that they are not taken out of context and given a meaning which was not intended. His finding that labour relations is a vital part of management can indicate, quite apart from the ordinary principle that labour relations is a provincial matter, that labour rela-

pent le gouvernement fédéral. Les problèmes de dotation en personnel et d'arrêts de travail seraient atténués par les conditions des permis délivrés par la CCEA fédérale. Par ailleurs, si le gouvernement fédéral était préoccupé par des questions précises de sécurité, il pourrait légiférer relativement à ces questions en vertu de l'intérêt valide dans la sécurité, que lui confère sa compétence sur les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada. Cela donnerait lieu à un certain empiètement sur la compétence provinciale dans les domaines des relations de travail et de la gestion des emplacements destinés à la production d'énergie électrique. Toutefois, l'empiètement nécessaire sur la compétence provinciale s'harmonise davantage avec les principes du fédéralisme que le fait de soustraire systématiquement les relations de travail à la compétence provinciale.

Comme je l'ai déjà dit, l'existence de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait que renforcer la conclusion que les relations de travail ne font pas partie intégrante de l'exercice de la compétence fédérale. Cet article prévoit expressément que les provinces ont compétence sur la gestion des emplacements destinés à la production d'énergie électrique, y compris ceux alimentés par des réacteurs nucléaires. Le contrôle provincial des relations de travail me paraît faire partie intégrante de la compétence provinciale sur la gestion des centrales nucléaires. De plus, comme toutes les parties l'ont reconnu, Ontario Hydro est dans l'ensemble une entreprise provinciale. À cet égard, j'adopterais le raisonnement du juge Galligan qui a exprimé une opinion dissidente en Cour d'appel de l'Ontario. En examinant la trilogie dominée par l'arrêt *Bell Canada*, précité, le juge Galligan affirme, à la p. 774:

[TRADUCTION] J'ai déjà fait allusion à ce qui me semble constituer une distinction fondamentale entre la situation qui existait dans la trilogie d'arrêts et celle qui existe en l'espèce. Dans la trilogie, il s'agissait d'entreprises véritablement nationales, alors qu'en l'espèce il s'agit d'une entreprise indubitablement provinciale. Les termes généraux utilisés par le juge Beetz dans ces arrêts doivent être examinés dans ce contexte et il faudrait prendre soin de ne pas les citer hors contexte pour leur donner un sens qu'on n'a pas voulu leur donner. Sa conclusion que les relations de travail constituent une

tions is an integral, essential and vital part of the management of a provincial undertaking and the provincial power to legislate respecting a provincial undertaking must include the corresponding legislative power to regulate its labour relations. Thus for the same reason that labour relations of a federal undertaking must be regulated federally I think that labour relations of a provincial undertaking should be regulated provincially.

In conclusion, I am of the view that, notwithstanding s. 4 of the *Canada Labour Code*, a valid declaration by Parliament under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* over nuclear electrical generating stations does not give Parliament jurisdiction over the labour relations of employees employed in those stations. Put another way, at issue herein are works not undertakings and as Hugessen J.A. said in *Central Western Railway Corp. v. U.T.U.*, [1989] 2 F.C. 186, at p. 214, works, being physical things, do not have labour relations, but undertakings do. Control of labour relations is not integral to the federal interest in the nuclear plants. Indeed, it may be said on the contrary that, because of s. 92A of the *Constitution Act, 1867* and the fact that Ontario Hydro is a provincial undertaking, control of labour relations is integral to the exercise of provincial jurisdiction over the nuclear electrical generating facilities. This result accords with the jurisprudence and the underlying principles that apply to federalism in general and the declaratory power in particular.

4. *If Parliament's jurisdiction over nuclear electrical generating stations derives solely from the peace, order and good government clause of s. 91 of the Constitution Act, 1867, does that jurisdiction include the labour relations of employees employed in those stations?*

It is not disputed in this case that Parliament has jurisdiction over atomic energy and therefore the power to enact the *Atomic Energy Control Act*

partie vitale de la gestion peut indiquer, mis à part le principe ordinaire selon lequel les relations de travail sont un sujet de compétence provinciale, que les relations de travail constituent une partie intégrante, essentielle et vitale de la gestion d'une entreprise provinciale et que le pouvoir provincial de légiférer relativement à une entreprise provinciale doit inclure le pouvoir législatif correspondant de réglementer ses relations de travail. J'estime donc que les relations de travail dans une entreprise provinciale devraient être réglementées par les provinces, pour la même raison que les relations de travail dans une entreprise fédérale doivent être réglementées par le fédéral.

En conclusion, nonobstant l'art. 4 du *Code canadien du travail*, je suis d'avis qu'une déclaration valide que le Parlement fait à l'égard de centrales nucléaires, en vertu de l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne lui confère pas compétence sur les relations de travail des employés de ces centrales. En d'autres termes, ce qui est en cause ici ce sont des ouvrages et non des entreprises et, comme le juge Hugessen l'a affirmé dans l'arrêt *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186 (C.A.), à la p. 214, les ouvrages, étant des choses matérielles, n'ont pas de relations de travail, mais les entreprises en ont. Le contrôle des relations de travail ne fait pas partie intégrante de l'intérêt fédéral dans les centrales nucléaires. En fait, on peut dire au contraire qu'en raison de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du fait qu'Ontario Hydro est une entreprise provinciale, le contrôle des relations de travail fait partie intégrante de l'exercice de la compétence provinciale sur les centrales nucléaires. Ce résultat est compatible avec la jurisprudence et les principes sous-jacents qui s'appliquent au fédéralisme en général et au pouvoir déclaratoire en particulier.

4. *Si la compétence du Parlement sur les centrales nucléaires découle seulement de la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, contenue à l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, cette compétence englobe-t-elle les relations de travail des employés de ces centrales?*

On ne conteste pas en l'espèce que le Parlement a compétence sur l'énergie atomique et qu'il a de ce fait le pouvoir d'adopter la *Loi sur le contrôle*

under the p.o.g.g. power in the opening words to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The Attorney General of Canada argued that, if Parliament's jurisdiction over Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations through the declaration in s. 18 of the *Atomic Energy Control Act, supra*, does not extend to labour relations, Parliament can regulate labour relations at the facilities through the exercise of its jurisdiction over atomic energy under the p.o.g.g. power. In my view, the answer to whether Parliament's jurisdiction under the p.o.g.g. power over Ontario Hydro's nuclear electrical generating plants extends to labour relations must be based on principles similar to those I applied in discussing the declaratory power. Both the p.o.g.g. power and the declaratory power are unusual in the division of powers scheme, and it is logical to apply the same balancing principles of federalism to both, absent special circumstances.

There are two recognized doctrines under the p.o.g.g. power which are relevant to this appeal: the emergency doctrine and the national concern doctrine. Under the emergency doctrine, Parliament may use its p.o.g.g. powers to enact legislation that would normally be *ultra vires* to combat a national emergency (see generally *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373). The type of legislation permissible under the emergency doctrine will be temporary in nature (*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, *supra*, at p. 432).

The Court developed the parameters of the national concern doctrine of the p.o.g.g. power in *Crown Zellerbach*. In his reasons for the majority,

*de l'énergie atomique* en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement prévue dans le préambule de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le procureur général du Canada fait valoir que, si la compétence que le Parlement possède sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro grâce à la déclaration qui figure à l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, ne vise pas les relations de travail, il peut réglementer les relations de travail dans les centrales par l'exercice de la compétence sur l'énergie atomique qu'il possède en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. À mon avis, la réponse à la question de savoir si la compétence sur les centrales nucléaires d'Ontario Hydro, que le Parlement possède en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, vise les relations de travail doit reposer sur des principes semblables à ceux que j'ai appliqués en analysant le pouvoir déclaratoire. La compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement et le pouvoir déclaratoire constituent des pouvoirs exceptionnels dans le régime de partage des pouvoirs, et il est logique d'appliquer dans les deux cas, en l'absence de circonstances spéciales, les mêmes principes de fédéralisme relatifs au maintien d'un équilibre.

Il existe deux théories reconnues en vertu de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement qui sont pertinentes en l'espèce: la théorie de la situation d'urgence et la théorie de l'intérêt national. En vertu de la théorie de la situation d'urgence, le Parlement peut, en présence d'une situation d'urgence nationale, utiliser sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement pour adopter des lois qui normalement seraient inconstitutionnelles (voir, de manière générale, *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373). Le type de mesure législative acceptable en vertu de la théorie de la situation d'urgence sera provisoire (*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, à la p. 432).

Notre Cour a établi les paramètres de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement dans l'arrêt *Crown Zellerbach*.

Le Dain J. described the following contours of the national concern doctrine (at pp. 431-32):

1. The national concern doctrine is separate and distinct <sup>a</sup> from the national emergency doctrine of the peace, order and good government power, which is chiefly distinguishable by the fact that it provides a constitutional basis for what is necessarily legislation of a temporary nature;
2. The national concern doctrine applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, <sup>c</sup> in the absence of a national emergency, become matters of national concern;
3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution; <sup>d</sup>
4. In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter. <sup>e</sup>

With regard to the last factor, the “provincial inability” test, Le Dain J. hastened to caution that the test “must not, however, go so far as to provide a rationale for the general notion, hitherto rejected in the cases, that there must be a plenary jurisdiction in one order of government or the other to deal with any legislative problem” (p. 434). Therefore, that the federal government may have jurisdiction over atomic energy by reason of the national concern branch of the p.o.g.g. power does not give Parliament plenary power over all aspects of nuclear power. <sup>f</sup>

Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la majorité, le juge Le Dain trace les contours suivants de la théorie de l’intérêt national (aux pp. 431 et 432):

1. La théorie de l’intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu’elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire; <sup>b</sup>
2. La théorie de l’intérêt national s’applique autant à de nouvelles matières qui n’existaient pas à l’époque de la Confédération qu’à des matières qui, bien qu’elles fussent à l’origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d’intérêt national, sans qu’il y ait situation d’urgence nationale;
3. Pour qu’on puisse dire qu’une matière est d’intérêt national dans un sens ou dans l’autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution; <sup>d</sup>
4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui la distingue clairement des matières d’intérêt provincial, il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. <sup>e</sup>

En ce qui concerne le dernier facteur, le critère de l’«incapacité provinciale», le juge Le Dain s’est empressé de prévenir que ce critère «ne doit pas, toutefois, aller jusqu’à justifier la notion générale, jusqu’ici rejetée par la jurisprudence, qu’un palier ou l’autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif» (p. 434). En conséquence, le fait que le gouvernement fédéral puisse avoir compétence sur l’énergie atomique en raison du volet de l’intérêt national justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement n’accorde pas au Parlement un pouvoir absolu sur tous les aspects de l’énergie nucléaire. <sup>i</sup>

The p.o.g.g. power, like all of Parliament's powers, must be interpreted in accordance with the specific grants of power to the provinces under ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867*. While there is no dispute that Parliament has jurisdiction over atomic energy under the national concern branch of the p.o.g.g. power, the extent of what is swept within Parliament's jurisdiction is circumscribed to the national concern aspects of atomic energy which would appear to be the same as those aspects of the nuclear electrical generating stations which render them to the general advantage of Canada, namely the fact of nuclear production and its safety concerns.

I concluded above that Parliament does not require control over labour relations at Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations in order to exercise effectively its jurisdiction over the works through the declaratory power. Similarly, it is not integral to the exercise of the p.o.g.g. power over atomic energy that Parliament regulate the labour relations of employees employed at Ontario Hydro's nuclear electrical generating stations.

To allow Parliament to control labour relations at these facilities where such regulation is not integral to the effective securing of Parliament's interest in the facilities would not be reconcilable with the distribution of legislative powers under which the provinces are accorded jurisdiction over both property and civil rights, including labour relations, and the management of electrical generating facilities. To define the federal jurisdiction under the p.o.g.g. power in this case to include labour relations would render the provincial power to manage the facilities meaningless since labour relations and management are "two elements of the same reality" (*Bell Canada, supra*, at p. 798). This would not have "a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamen-

La compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, comme tous les autres pouvoirs du Parlement, doit être interprétée d'une manière conforme aux compétences spécifiques conférées aux provinces en vertu des art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que l'on ne conteste pas que le Parlement a compétence sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, l'étendue de ce qui relève de la compétence du Parlement est limitée aux dimensions d'intérêt national de l'énergie atomique, qui paraîtraient être les mêmes que les dimensions des centrales nucléaires qui les rendent à l'avantage général du Canada, soit la production d'énergie nucléaire et les questions de sécurité qui s'y rattachent.

J'ai conclu plus haut que le Parlement n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer efficacement sa compétence sur les ouvrages au moyen de son pouvoir déclaratoire. De même, la réglementation, par le Parlement, des relations de travail des employés des centrales nucléaires d'Ontario Hydro ne fait pas partie intégrante de l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement sur l'énergie atomique.

Permettre au Parlement de contrôler les relations de travail dans ces centrales, lorsqu'une telle réglementation ne fait pas partie intégrante de la réalisation efficace de l'intérêt fédéral dans celles-ci, ne serait pas compatible avec le partage des pouvoirs législatifs, en vertu duquel les provinces ont compétence sur la propriété et les droits civils, y compris les relations de travail, et sur la gestion des installations destinées à la production d'énergie électrique. Définir en l'espèce la compétence fédérale qui existe en vertu du pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de façon à inclure les relations de travail ferait perdre tout son sens au pouvoir provincial de gérer ces installations puisque les relations de travail et la gestion constituent «deux volets d'une même réalité» (*Bell Canada, précité*, à la p. 798). Cela n'aurait pas «un effet sur la compétence provinciale qui

tal distribution of legislative power under the Constitution” (*Crown Zellerbach, supra*, at p. 432).

soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution» (*Crown Zellerbach*, précité, à la p. 432).

The Attorney General of Canada cited *Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.), as authority that Parliament’s jurisdiction over atomic energy under the p.o.g.g. power extends to the labour relations of workers employed in the atomic energy industry. In *Pronto*, the Canadian Mine Workers Union applied to the OLRB for certification as the bargaining agent for the employees of two mining companies engaged in the mining and concentrating of uranium ores. The OLRB certified the union and the companies applied for an order to quash the certification decision on the ground that the OLRB had no jurisdiction to hear the application. The companies argued that the federal *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 152, was applicable to their employees. McLennan J. held that control of atomic energy fell within the federal p.o.g.g. power and that “it would be incompatible with the power of Parliament to legislate with respect to the control of atomic energy for the peace, order and good government of Canada if labour relations in the production of atomic energy did not lie within the regulation of Parliament” (pp. 869-70).

<sup>a</sup> Le procureur général du Canada a cité la décision *Pronto Uranium Mines Ltd. c. Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.), pour soutenir que la compétence que le Parlement possède sur l’énergie atomique en vertu du pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement s’étend aussi aux relations de travail des employés de l’industrie de l’énergie atomique. Dans cette affaire, Canadian Mine Workers Union avait présenté à la CRTO une demande d’accréditation à titre d’agent négociateur des employés de deux sociétés minières œuvrant dans l’extraction et la concentration de minerai d’uranium. La CRTO a accrédité le syndicat et les sociétés ont présenté une demande d’ordonnance annulant la décision d’accréditer pour le motif que la CRTO n’avait pas compétence pour entendre la demande d’accréditation. Les sociétés ont fait valoir que la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.R.C. 1952, ch. 152, était applicable à leurs employés. Le juge McLennan a conclu que le contrôle de l’énergie atomique relevait de la compétence fédérale en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement et qu’il [TRADUCTION] «serait incompatible avec le pouvoir du Parlement de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada relativement à l’énergie atomique si les relations de travail dans le secteur de la production de l’énergie atomique n’étaient pas assujetties à la réglementation du Parlement» (pp. 869 et 870).

*Pronto* was decided prior to the decision of this Court in *Crown Zellerbach, supra*, under which the present p.o.g.g. claim falls to be decided. Further, the judgment in *Pronto* is not supported by any reasons and does not accord with decisions of this Court which have indicated that federal and provincial powers must accommodate one another to the extent possible. Finally, it appears that the parties in *Pronto* conceded that if the mine fell within federal jurisdiction in some aspect then federal labour laws applied (at p. 868). Because of the

<sup>h</sup> La décision *Pronto* a été rendue avant l’arrêt de notre Cour *Crown Zellerbach*, précité, qui servira en l’espèce à trancher la présente action fondée sur le pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. De plus, la décision *Pronto* n’est pas justifiée par quelque motif que ce soit et n’est pas compatible avec les arrêts dans lesquels notre Cour a indiqué que les pouvoirs fédéraux et provinciaux doivent composer l’un avec l’autre dans la mesure du possible. Il appert enfin que, dans la décision *Pronto*, les parties avaient reconnu

structure of the parties' arguments, the result in the case was a foregone conclusion once federal jurisdiction over atomic energy was established. For these reasons, *Pronto* does not provide authority for the Attorney General of Canada's claim that through the p.o.g.g. power Parliament has jurisdiction over the labour relations at Ontario Hydro's nuclear electrical generating facilities.

In summary, while Parliament has jurisdiction over atomic energy under the national concern branch of the p.o.g.g. power, that jurisdiction does not extend to the labour relations between Ontario Hydro and those of its employees employed in the nuclear electrical generating stations. The federal government does not require control over labour relations at Ontario Hydro's nuclear facilities for the exercise of jurisdiction over atomic energy. In other words, the labour relations at issue in this case are not part of the single, distinctive and indivisible matter identified as atomic energy. This is not the say, however, that Parliament, where circumstances warrant, may not, in exercising its valid jurisdiction over nuclear energy, enact legislation which has an impact on the labour relations of Ontario Hydro's employees under either the national concern branch or the national emergency branch of the power to legislate for the peace, order and good government of Canada.

5. *Is Ontario Hydro immune from the operation of the Canada Labour Code by virtue of interjurisdictional Crown immunity?*

In view of the conclusion I have reached that it is the *Ontario Labour Relations Act* and not the *Canada Labour Code*, which constitutionally applies in the circumstances of this case, it is not strictly necessary that I address this question. Nonetheless, I am of the opinion that had I reached a different conclusion on the applicability of the *Canada Labour Code*, Ontario Hydro would not be

que les lois ouvrières fédérales s'appliquaient si la mine relevait à quelque égard que ce soit de la compétence fédérale (à la p. 868). Compte tenu de la structure des arguments des parties, le résultat dans cette affaire était à prévoir une fois établie la compétence fédérale sur l'énergie atomique. C'est pourquoi la décision *Pronto* ne peut servir à étayer l'argument du procureur général du Canada selon lequel le Parlement a, en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, compétence sur les relations de travail dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro.

En résumé, bien que le Parlement ait compétence sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, cette compétence ne vise pas les relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires. Le gouvernement fédéral n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer sa compétence sur l'énergie atomique. Autrement dit, les relations de travail ici en cause ne font pas partie de la matière unique, particulière et indivisible qu'est l'énergie atomique. Cependant, cela ne veut pas dire pour autant que, lorsque les circonstances le justifient, le Parlement ne peut pas, en exerçant sa compétence valide sur l'énergie nucléaire, adopter des mesures législatives qui ont un effet sur les relations de travail des employés d'Ontario Hydro en vertu du volet de l'intérêt national ou du volet de la situation d'urgence nationale justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada.

5. *Ontario Hydro échappe-t-elle à l'application du Code canadien du travail en vertu de l'exclusivité des compétences?*

Puisque j'ai conclu que c'est la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, et non le *Code canadien du travail*, qui, en vertu de la Constitution, s'applique dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas strictement nécessaire que j'aborde cette question. Néanmoins, je suis d'avis que, si j'étais parvenu à une conclusion différente quant à l'applicabilité du *Code canadien du travail*, Ontario

immune from the operation of federal labour legislation.

The Divisional Court held that Ontario Hydro was a public policy instrument to which the *Canada Labour Code* should not be interpreted to apply unless the Code expressly and specifically states that it does apply. I respectfully disagree. There is no jurisprudence indicating that a company like Ontario Hydro, described by the Divisional Court (at p. 279 O.R.) as a “provincial public policy instrument” and which the parties agreed is not a Crown agent, is entitled to interjurisdictional Crown immunity. Based on the arguments submitted on this issue, I see no reason to create a new category of interjurisdictional Crown immunity for a species of organization known as a public policy instrument. Therefore, I agree with the Attorney General of Canada’s submission that Ontario Hydro stands on no higher footing than would any other employer in the province of Ontario, in so far as immunity from federal legislation is concerned.

### VII. Conclusion

The federal government exercises exclusive jurisdiction over some aspects of Ontario Hydro’s nuclear electrical generating facilities through its declaratory and p.o.g.g. powers. However, control of labour relations at those facilities is not integral to Parliament’s effective regulation of the sites in terms of its interest in those sites. Therefore, in answer to the constitutional question, it is the Ontario *Labour Relations Act* which constitutionally applies to the labour relations between Ontario Hydro and those of its employees at its nuclear electrical generating facilities.

### VIII. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeals, set aside the order of the Ontario Court of Appeal, and restore the order of the Divisional Court except the mandamus. Under the circum-

Hydro n’aurait pas échappé à l’application de la législation ouvrière fédérale.

La Cour divisionnaire a statué qu’Ontario Hydro était un instrument d’intérêt public auquel le *Code canadien du travail* ne devrait pas être considéré comme applicable, sauf si le Code prévoit explicitement et spécifiquement qu’il s’applique. En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Il n’existe aucune jurisprudence indiquant qu’une société comme Ontario Hydro, que la Cour divisionnaire a qualifié (à la p. 279 O.R.) d’«instrument provincial d’intérêt public», et qui, comme l’ont reconnu les parties, n’est pas un mandataire de la Couronne, a le droit de bénéficier du principe de l’exclusivité des compétences. Compte tenu des arguments avancés sur cette question, je ne vois aucun motif de créer une nouvelle catégorie d’exclusivité des compétences dont jouirait un type d’organisation appelé instrument d’intérêt public. En conséquence, je suis d’accord avec le procureur général du Canada qu’Ontario Hydro ne se trouve pas dans une meilleure position qu’un autre employeur de l’Ontario, dans la mesure où il s’agit d’échapper à l’application d’une loi fédérale.

### VII. Conclusion

Le gouvernement fédéral exerce une compétence exclusive sur certains aspects des centrales nucléaires d’Ontario Hydro, grâce à son pouvoir déclaratoire et à sa compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement. Toutefois, le contrôle des relations de travail dans ces centrales ne fait pas partie intégrante de la réglementation efficace de ces installations par le Parlement compte tenu de l’intérêt qu’il a dans celles-ci. En conséquence, pour répondre à la question constitutionnelle, c’est la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario qui, en vertu de la Constitution, s’applique aux relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires.

### VIII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir les pourvois, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario et de rétablir l’ordonnance de la Cour divisionnaire sauf en ce qui



stances, I would award costs only in this Court to Ontario Hydro, CUPE and the Society, to be paid by the Attorney General of Canada.

*Appeals dismissed, SOPINKA, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for Ontario Hydro: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for CUPE — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Solicitor for the respondent the Ontario Labour Relations Board: Kathleen A. MacDonald, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*

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

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.*

concerne le *mandamus*. Dans les circonstances, je suis d'avis de n'accorder que les dépens en notre Cour à Ontario Hydro, au SCFP et à la Société, lesquels devront être payés par le procureur général du Canada.

*Pourvois rejetés, les juges SOPINKA, CORY et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs d'Ontario Hydro: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs du SCFP — C.L.C. Ontario Hydro Employees Union, Local 1000: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Procureur de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Kathleen A. MacDonald, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Society of Ontario Hydro Professional and Administrative Employees: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*

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

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.*

**Marguerite Slattery** Appellant

v.

**Doane Raymond Limited, Trustee of the Estate of Raymond P. Slattery, a Bankrupt** Respondent

INDEXED AS: SLATTERY (TRUSTEE OF) v. SLATTERY

File No.: 22618.

1993: March 29; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE NEW BRUNSWICK COURT OF APPEAL

*Income tax — Enforcement — Confidentiality — Evidence gained from Income Tax Act investigations protected unless required in proceedings relating to administration or enforcement of the Act — Taxpayer petitioned into bankruptcy by Revenue Canada — Trustee in bankruptcy seeking declaration that assets held by taxpayer's wife rightfully assets of bankrupt's estate — Testimony of Revenue Canada officials from income tax investigation admitted into evidence — Whether a civil action commenced by the trustee for a declaration that certain property belongs to the bankrupt's estate is a proceeding relating to the enforcement of the Income Tax Act — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 241(1)(a), (b), (c), (2)(a), (b), (3), (4)(c).*

A taxpayer unable to pay his taxes owing was petitioned into bankruptcy by Revenue Canada. The respondent trustee in bankruptcy commenced an action against the appellant (the bankrupt's wife) seeking a declaration that certain assets registered in her name were the property of the bankrupt's estate or were held in trust for that estate.

At trial, the trustee sought to introduce testimony from two Revenue Canada officials who had participated in the investigation into the bankrupt's affairs. Appellant argued that that testimony was barred because s. 241 of the *Income Tax Act* prohibits Revenue Canada officials from disclosing information obtained from a

**Marguerite Slattery** Appelante

c.

**Doane Raymond Limited, syndic de l'actif de Raymond P. Slattery, failli** Intimée

b RÉPERTORIÉ: SLATTERY (SYNDIC DE) c. SLATTERY

N° du greffe: 22618.

1993: 29 mars; 1993: 30 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Impôt sur le revenu — Exécution — Confidentialité — La preuve obtenue dans le cadre d'enquêtes menées en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu ne peut être communiquée à moins d'être requise dans des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de cette loi — Revenu Canada a demandé la mise en faillite du contribuable — Le syndic de faillite a sollicité un jugement déclarant que certains biens détenus par l'épouse du contribuable failli faisaient en réalité partie de l'actif de ce dernier — Admission en preuve des témoignages de fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'enquête fiscale — Une action civile intentée par le syndic en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif du failli constitue-t-elle une poursuite ayant trait à l'exécution de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 241(1)(a), (b), (c), (2)(a), (b), (3), (4)(c).*

Revenu Canada a demandé la mise en faillite d'un contribuable qui était incapable de payer l'impôt qu'il devait. Le syndic de faillite intimé a intenté contre l'appelante (épouse du failli) une action visant à obtenir un jugement déclarant que certains biens enregistrés au nom de celle-ci faisaient partie de l'actif du failli ou étaient détenus en fiducie pour le compte de cet actif.

Au procès, le syndic a demandé à faire témoigner deux fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'enquête visant les affaires du failli. L'appelante a fait valoir que leurs témoignages étaient prohibés parce que l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit aux fonctionnaires de Revenu Canada de com-

taxpayer for the purposes of that Act. The trial judge ruled that this testimony fell within the exception in s. 241(3) which provides that the prohibition does not apply in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the Act. Both officials testified, and the court granted the declaration in part. The New Brunswick Court of Appeal agreed with the trial judge's interpretation of s. 241 and dismissed the appeal. At issue here was whether a civil action commenced by the trustee for a declaration that certain property is property of the bankrupt's estate is a proceeding "relating to the . . . enforcement of" the *Income Tax Act* within the meaning of s. 241(3) of the Act.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 241 involves a balancing of competing interests: the privacy interest of the taxpayer with respect to his or her financial information, and the interest of the Minister in being allowed to disclose taxpayer information to the extent necessary for the effective administration and enforcement of the *Income Tax Act* and other federal statutes referred to in s. 241(4). Only in exceptional or prescribed situations does the privacy interest give way to the interest of the state. By instilling confidence in taxpayers that the personal information they disclose will not be communicated in other contexts, Parliament encourages voluntary disclosure of this information. Parliament, however, has also recognized that the possession of personal information is useless if it cannot be used to assist in tax collection, when required, including tax collection by way of judicial enforcement.

Section 241(3) contemplates not only administrative and enforcement proceedings brought under the *Income Tax Act* itself but also other proceedings. Both the text and the context of s. 241 buttress this conclusion. The connecting phrases used by Parliament in s. 241(3) ("in respect of" and "relating to") are of the widest possible scope and suggest that a wide rather than narrow view should be taken when considering whether a proposed disclosure is in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*.

muniquer des renseignements obtenus d'un contribuable aux fins de ladite loi. Le juge de première instance a décidé que ces témoignages étaient visés par l'exception, contenue au par. 241(3), qui prévoit que l'interdiction ne s'applique pas aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la Loi. Les deux fonctionnaires ont témoigné et la cour a accordé en partie le jugement déclaratoire demandé. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a souscrit à l'interprétation que le juge de première instance a donnée à l'art. 241 et elle a rejeté l'appel. Il s'agit en l'espèce de savoir si l'action civile que le syndic a intentée en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif du failli est une poursuite «ayant trait à [. . .] l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sens du par. 241(3) de cette loi.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'article 241 comporte l'établissement d'un équilibre entre des intérêts opposés: l'intérêt du contribuable en matière de respect de sa vie privée en ce qui a trait aux renseignements relatifs à sa situation financière, et l'intérêt qu'a le Ministre à être autorisé à communiquer des renseignements relatifs au contribuable dans la mesure où cela est nécessaire pour appliquer et exécuter efficacement la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'autres lois fédérales mentionnées au par. 241(4). Ce n'est que dans des situations exceptionnelles ou prévues que l'intérêt relatif à la vie privée doit céder le pas à l'intérêt de l'État. En insufflant chez les contribuables la confiance que les renseignements personnels qu'ils révèlent ne seront pas communiqués dans d'autres contextes, le Parlement encourage la communication volontaire de ces renseignements. Toutefois, le Parlement a aussi reconnu que la possession de renseignements personnels n'est d'aucune utilité s'ils ne peuvent être utilisés pour faciliter le recouvrement de l'impôt, notamment par voie judiciaire, lorsque cela est nécessaire.

Le paragraphe 241(3) envisage non seulement les poursuites en matière d'application et d'exécution qui sont engagées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* elle-même, mais encore d'autres types de poursuites. Le texte et le contexte de l'art. 241 viennent tous les deux étayer cette conclusion. Les expressions conjonctives («in respect of» et «relating to») que le Parlement utilise dans la version anglaise du par. 241(3) ont la portée la plus large possible et portent à croire qu'il y a lieu d'adopter une interprétation large plutôt qu'étroite en

This breadth of meaning is confirmed by the French version of the section.

Section 222 clearly states that the Minister may resort generally to the courts to institute civil proceedings to collect taxes as debts in addition to the procedures specified in the *Income Tax Act*. In order to take full advantage of this power, the Minister must be able to disclose in court otherwise confidential information in order to prove the cause of action in debt. Absent the ability to disclose as required to prove a debt, s. 222 would be deprived of part of its meaning.

*Glover v. Glover (No. 1)* must be read to mean that the confidentiality provisions apply to any legal proceeding of a civil character which is not covered by the exception provided in s. 241(3). Sections 241(1) and (2) apply to civil proceedings not related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. *Glover* does not inform the issue already set out: the essential question is whether or not the bankruptcy proceedings taken herein are related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*.

The proceedings taken here were related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act* even though they were taken by the trustee in bankruptcy. A contrary interpretation is not supported by the wording of s. 241(3) and is somewhat inconsistent with the power given to creditors in s. 38(1) of the *Bankruptcy Act*. At the policy level, the Minister should not be inhibited from recourse to the bankruptcy process in light of the advantages and protection that this process can entail. If the Minister cannot disclose confidential information in bankruptcy to prove a claim asserted, the bankruptcy procedure will in many cases not be available for income tax enforcement.

The difference in nature between bankruptcy proceedings and proceedings under s. 160, where disclosure was admitted to be available by appellant, was not relevant. The important point was that disclosure made during bankruptcy proceedings was made in respect of proceedings relating to the administration or enforcement

examinant si une communication proposée se rapporte à des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce sens large est confirmé par la version française de cet article.

L'article 222 énonce clairement qu'en plus des procédures mentionnées expressément dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le Ministre peut généralement recourir aux tribunaux et engager des poursuites civiles en vue d'effectuer des recouvrements d'impôt. Pour profiter pleinement de ce pouvoir, le Ministre doit être en mesure de communiquer au tribunal des renseignements par ailleurs confidentiels afin d'établir l'existence d'une cause d'action fondée sur une dette. S'il n'était pas possible de communiquer les renseignements nécessaires pour établir l'existence d'une dette, l'art. 222 perdrait une partie de son sens.

Il faut interpréter l'arrêt *Glover c. Glover (No. 1)* comme signifiant que les dispositions en matière de confidentialité s'appliquent à toutes procédures de nature civile qui ne sont pas visées par l'exception prévue au par. 241(3). Les paragraphes 241(1) et (2) s'appliquent aux procédures civiles qui n'ont aucun rapport avec l'application ou l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. *Glover* n'est pas pertinent en ce qui concerne la question en litige qui a déjà été énoncée: la question essentielle est de savoir si les procédures en matière de faillite engagées en l'espèce ont trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les procédures dont il est question en l'espèce avaient trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, même si c'est le syndic de faillite qui les a engagées. L'interprétation contraire n'est pas appuyée par le texte du par. 241(3) et est quelque peu incompatible avec le pouvoir conféré aux créanciers par le par. 38(1) de la *Loi sur la faillite*. En principe, il n'y a pas lieu d'empêcher le Ministre de recourir au processus de faillite étant donné les avantages et la protection que ce processus peut offrir. Si le Ministre ne peut, dans une faillite, communiquer des renseignements confidentiels pour prouver une réclamation, il sera impossible, dans bien des cas, de recourir à la procédure en matière de faillite afin de mettre à exécution des dispositions fiscales.

Il n'importe pas que la nature des procédures en matière de faillite diffère de celle des procédures fondées sur l'art. 160, dans le cadre desquelles, l'appelante en convient, la communication de renseignements confidentiels est permise. L'important c'est que la communication au cours des procédures en matière de faillite a eu

of the Act within the meaning of s. 241(3). The fact that the Minister chose to collect taxes by petitioning the taxpayer into bankruptcy did not disentitle Revenue Canada from disclosing the confidential information.

Arguments raising the possibility of difficult questions as to competence and compellability were not persuasive.

*Per* L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): The s. 241(3) exemption applies only in the case of proceedings specifically provided for in the *Income Tax Act*. These proceedings are, for the most part, set out in Part XV of the Act which establishes "Administration and Enforcement" provisions. A trial to determine title between an individual and a trustee in bankruptcy is not a proceeding provided for in Part XV, or elsewhere in the Act. Accordingly, Revenue Canada officials should have been barred from disclosing information obtained in the course of their investigation of the bankrupt's affairs.

This Court gave the phrase "in respect of" a wide interpretation in the circumstances of the *Indian Act* as it related to taxation of personal property. The wide interpretation given the phrase in that context is not determinative of its application in s. 241(3). The context of s. 241(3), and jurisprudence of this Court treating the section, suggest that the phrase should be construed narrowly, not broadly.

The proceedings at issue on this appeal are not proceedings so connected to the administration of the Act that they fall within the contemplation of the exemption in s. 241(3). Part XV of the Act provides the Minister of Revenue with a system of debt collection proceedings that mirrors ordinary creditors' remedies. It does not, however, deal with bankruptcy, except to the extent of providing the Minister with the power to collect money owed to a secured creditor by a trustee in bankruptcy, notwithstanding the *Bankruptcy Act*. This legislative silence is significant. Bankruptcy is a particular process which has specific and salutary aims and which involves all of the creditors of a particular debtor. Concern for the confidentiality of information that is not public is very much at issue.

lieu relativement à des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la Loi, au sens du par. 241(3). Le fait que le Ministre a choisi de percevoir l'impôt en demandant la mise en faillite du contribuable ne privait pas pour autant Revenu Canada du droit de communiquer des renseignements confidentiels.

Les arguments relatifs au risque de soulever de délicates questions en matière de compétence et de contraignabilité ne sont pas convaincants.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin (dissidents): L'exception énoncée au par. 241(3) ne s'applique que dans le cas de poursuites expressément prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ces poursuites sont, pour la plupart, énoncées à la partie XV de la Loi qui établit des dispositions en matière d'«application» et d'«exécution». Un procès visant à déterminer lequel d'un particulier ou d'un syndic de faillite est propriétaire de certains biens n'est pas une poursuite prévue à la partie XV ni ailleurs dans la Loi. En conséquence, il aurait dû être interdit aux fonctionnaires de Revenu Canada de communiquer les renseignements obtenus au cours de leur enquête sur les affaires du failli.

Notre Cour a donné une interprétation large à l'expression «quant à» («*in respect of*») employée relativement à l'imposition de biens personnels dans la *Loi sur les Indiens*. Le fait que l'on donne une interprétation large à cette expression dans ce contexte n'est pas déterminant en ce qui concerne l'application de l'expression analogue figurant au par. 241(3). Le contexte du par. 241(3) et la jurisprudence de notre Cour portant sur cette disposition donnent à entendre qu'il y a lieu de donner à l'expression utilisée une interprétation étroite et non large.

Les poursuites en cause dans la présente affaire ne sont pas si liées à l'application de la Loi qu'elles relèvent de l'exception énoncée au par. 241(3). La partie XV de la Loi offre au ministre du Revenu un régime de procédures de recouvrement de créances qui reflète les recours que peuvent exercer les créanciers ordinaires. Elle ne traite toutefois pas de la faillite, si ce n'est dans la mesure où elle investit le Ministre du pouvoir de percevoir les sommes dues par un syndic de faillite à un créancier garanti, nonobstant la *Loi sur la faillite*. Le silence du législateur à ce sujet est révélateur. La faillite est un processus particulier qui vise des objectifs précis et salutaires et auquel participent tous les créanciers d'un débiteur donné. La protection de la confidentialité de renseignements qui ne sont pas publics est fortement en cause.

The proceeding at issue here is not an action under s. 222. The action is brought by a trustee in bankruptcy and not by the Crown as the section appears to contemplate. Under s. 69 of the *Bankruptcy Act*, all collection proceedings are stayed when the debtor is declared bankrupt. Until that point the Minister arguably may prove its debt by disclosure of information obtained for the purposes of the Act. But once a debtor is declared bankrupt, and a trustee in bankruptcy has been put in place to pursue the bankruptcy, the proceeding is no longer capable of being accurately characterized as a proceeding relating to the administration of the Act. The stay operates until the trustee in bankruptcy is discharged. The practical effect of the proceedings permitting the Minister to realize upon an outstanding debt does not operate to make the proceeding one relating to the administration of the Act.

Part XV of the Act makes no specific provision for disclosure in the context of bankruptcy. When the Minister has recourse to this procedure, its actions are governed by the *Bankruptcy Act* and no longer by the *Income Tax Act*. In so proceeding the Minister loses the capacity to deploy the special information gathering techniques, which accrue only by virtue of the *Income Tax Act*, either to its own advantage, or to those of its fellow creditors.

The Minister was not permitted to disclose confidential information in the case at bar even though a superior court judge is a person, as provided in s. 241(4)(c), "legally entitled" to the information. A party should not be able to avail itself of the s. 241(4)(c) exemption if it cannot bring the proceeding within the terms of s. 241(3).

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Considered:** *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561, aff'g (1980), 29 O.R. (2d) 392; **referred to:** *Canadian Pacific Tobacco Co. v. Stapleton* (1952), 86 C.L.R. 1; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Diversified Holdings Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 595.

By McLachlin J. (dissenting)

*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561, aff'g (1980), 29 O.R. (2d) 392.

La poursuite en cause ici n'est pas une action au sens de l'art. 222. L'action est intentée par un syndic de faillite et non pas par Sa Majesté, comme semble l'envisager cet article. Aux termes de l'art. 69 de la *Loi sur la faillite*, toutes les procédures de recouvrement sont suspendues lorsque le débiteur est déclaré en faillite. Jusqu'à ce moment, le Ministre peut établir sa créance par la communication de renseignements obtenus aux fins de la Loi. Toutefois, dès qu'un débiteur est déclaré en faillite et qu'un syndic de faillite est nommé pour s'occuper de la faillite, il n'est plus exact de parler de poursuite ayant trait à l'application de la Loi. La suspension est maintenue jusqu'à ce que le syndic de faillite soit libéré. Sur le plan pratique, le fait que la poursuite permette au Ministre de recouvrer une créance n'en fait pas une poursuite ayant trait à l'application de la Loi.

La partie XV de la Loi ne prévoit pas expressément la communication de renseignements dans le contexte d'une faillite. Si le Ministre recourt à la procédure de faillite, ses actes sont régis par la *Loi sur la faillite* et non plus par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre perd alors la capacité de se servir, soit à son propre profit, soit à celui des autres créanciers, des méthodes spéciales de collecte de renseignements qui ne peuvent être utilisées qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le Ministre n'était pas autorisé à communiquer des renseignements confidentiels en l'espèce, même si un juge de cour supérieure est, comme le prévoit l'al. 241(4)c, une personne ayant «légalement droit» à ces renseignements. Une partie ne devrait pas être en mesure de se prévaloir de l'exception prévue à l'al. 241(4)c, si elle ne peut pas établir qu'il s'agit d'une poursuite au sens du par. 241(3).

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt examiné:** *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561, conf. (1980), 29 O.R. (2d) 392; **arrêts mentionnés:** *Canadian Pacific Tobacco Co. c. Stapleton* (1952), 86 C.L.R. 1; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Diversified Holdings Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 595.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561, conf. (1980), 29 O.R. (2d) 392.

## Statutes and Regulations Cited

- Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 16(3), (4), 17(1), 19(1), (2), 38(1), 69(1), 136, 163 to 167.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 133.  
*Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 121.  
*Income Tax Act*, S.C. 1966-67, c. 47, s. 17.  
*Income Tax Act*, S.C. 1966-67, c. 91, s. 22.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 160(1)(a) [rep. & sub. S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 107], (e) [rep. & sub. *idem*], 222, 223(3), (5) [rep. & sub. S.C. 1988, c. 55, s. 168], 224(1), 224(1.2) [ad. S.C. 1987, c. 46, s. 66], 224.1 [rep. & sub. S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 104], 225(1), 238, 239, 241(1)(a), (b) [am. S.C. 1987, c. 46, s. 68(1)], (c) [ad. *idem*], (2)(a), (b), (3) [rep. & sub. *ibid.*, s. 68(2)], (4)(c) [am. S.C. 1978-79, c. 5, s. 9].  
*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 81(1), (2).  
*Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, s. 11.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 87.

## Authors Cited

- Bohémier, Albert. *Faillite et Insolvabilité*, t. 1. Montréal: Thémis, 1992.  
 Brown, D. Scott. "Bankruptcy and Income Tax: A Revenue Canada Perspective" in *1990 Conference Report: Report of Proceedings of the Forty-Second Tax Conference*. Canadian Tax Foundation, 1991.  
 Chabot, Marc. *Faillite et Insolvabilité*. Sillery, Québec: Presses de l'Université du Québec, 1987.  
*Dictionnaire de la langue française*. Paris: Larousse, 1989, "traits".  
 Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Houlden, L. W. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed. By L. W. Houlden and C. H. Morawetz. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf).  
*Le Robert Méthodique*. Paris: Le Robert, 1988, "avoir trait à".  
*The Pocket Oxford Dictionary*, 7th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1984, "relation".  
 Toope, Stephen J., and Alison L. Young. "The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law" (1982), 27 *McGill L.J.* 479.

## Lois et règlements cités

- Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 81(1), (2).  
 a *Loi de l'impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, art. 11.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 121.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1966-67, ch. 47, art. 17.  
 b *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1966-67, ch. 91, art. 22.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 160(1)a [abr. & rempl. S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 107], e) [abr. & rempl. *idem*], 222, 223(3), (5) [abr. & rempl. L.C. 1988, ch. 55, art. 168], 224(1), 224(1.2) [aj. S.C. 1987, ch. 46, art. 66], 224.1 [abr. & rempl. S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 104], 225(1), 238, 239, 241(1)a, b) [mod. L.C. 1987, ch. 46, art. 68(1)], c) [mod. *idem*], (2)a, b), (3) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 68(2)], (4)c) [mod. S.C. 1978-79, ch. 5, art. 9].  
 d *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 133.  
*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 16(3), (4),  
 e 17(1), 19(1), (2), 38(1), 69(1), 136, 163 à 167.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87.

## Doctrines citées

- f Bohémier, Albert. *Faillite et Insolvabilité*, t. 1. Montréal: Thémis, 1992.  
 Brown, D. Scott. «Bankruptcy and Income Tax: A Revenue Canada Perspective» in *1990 Conference Report: Report of Proceedings of the Forty-Second Tax Conference*. Canadian Tax Foundation, 1991.  
 g Chabot, Marc. *Faillite et Insolvabilité*. Sillery, Québec: Presses de l'Université du Québec, 1987.  
*Dictionnaire de la langue française*. Paris: Larousse, 1989, «traits».  
 h Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Houlden, L. W. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed. By L. W. Houlden and C. H. Morawetz. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf).  
 i *Le Robert Méthodique*. Paris: Le Robert, 1988, «avoir trait à».  
*The Pocket Oxford Dictionary*, 7th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1984, «relation».  
 j Toope, Stephen J., and Alison L. Young. «The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law» (1982), 27 *R.D. McGill* 479.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1991), 120 N.B.R. (2d) 4, 84 D.L.R. (4th) 360, 7 C.B.R. (3d) 157, dismissing an appeal from a judgment of Jones J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

*B. A. Crane, Q.C., and Randall J. Hofley, for the appellant.*

*John R. Power, Q.C., and Michael Donovan, for the respondent.*

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

IACOBUCCI J. — This appeal concerns the interpretation to be given to s. 241(3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the *Income Tax Act*), which permits in certain circumstances the disclosure of otherwise confidential information obtained from a taxpayer by officials of the Department of National Revenue. More specifically, the appeal concerns an action by a trustee in bankruptcy under the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, for a declaration that certain property is the property of a taxpayer bankrupt's estate. The issue is whether such an action is a proceeding "relating to the administration or enforcement of" the *Income Tax Act*.

## I. Facts

Raymond Slattery, who is not a party to this action, fell into arrears in paying income tax, resulting in a lengthy investigation by Revenue Canada. Unable to collect the taxes owing, Revenue Canada petitioned Slattery into bankruptcy. The respondent, Doane Raymond Limited (the Trustee), was appointed as trustee in bankruptcy of the Raymond Slattery estate. In the bankruptcy, Revenue Canada proved a claim of just over \$1 million and other creditors proved claims of over \$3 million; however, since Revenue Canada is the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1991), 120 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 4, 84 D.L.R. (4th) 360, 7 C.B.R. (3d) 157, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Jones. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*B. A. Crane, c.r., et Randall J. Hofley, pour l'appelante.*

*John R. Power, c.r., et Michael Donovan, pour l'intimée.*

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

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur l'interprétation à donner au par. 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la *Loi de l'impôt sur le revenu*), qui permet, dans certaines circonstances, la communication de renseignements par ailleurs confidentiels obtenus d'un contribuable par des fonctionnaires du ministère du Revenu national. Plus précisément, le pourvoi a trait à une action qu'un syndic de faillite a intentée en vertu de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif d'un contribuable failli. Il s'agit de déterminer si une telle action est une poursuite «ayant trait à l'application ou à l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

## I. Les faits

Raymond Slattery, qui n'est pas partie au présent pourvoi, était en retard dans le versement de montants d'impôt sur le revenu, ce qui a donné lieu à une longue enquête de Revenu Canada. Devant l'impossibilité de percevoir les montants d'impôt qui lui étaient dus, Revenu Canada a demandé la mise en faillite de Slattery. L'intimée, Doane Raymond Limited (le syndic), a été nommée syndic de faillite de l'actif de Raymond Slattery. Pendant les procédures en matière de faillite, Revenu Canada a établi l'existence d'une créance d'un peu plus d'un



only preferred creditor, it appears that the assets of the estate will not be sufficient to satisfy the claims of any other creditors.

The trustee commenced an action against the appellant, Marguerite Slattery, who is the wife of the bankrupt Slattery. The action sought a declaration that certain assets registered in Marguerite Slattery's name were, in fact, the property of the bankrupt's estate or were held in trust for that estate.

At trial, the trustee sought to introduce testimony from two Revenue Canada officials who had participated in the investigation into Raymond Slattery's affairs. Counsel for Marguerite Slattery objected on the ground that such testimony was barred by s. 241 of the *Income Tax Act*, which prohibits Revenue Canada officials from disclosing information which has been obtained from a taxpayer for the purposes of the *Income Tax Act*. The trial judge ruled that the testimony was not barred by s. 241 because it fell within the exception contained in s. 241(3), which exception provides that the prohibition does not apply "in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of" the *Income Tax Act*. Both officials testified, and the New Brunswick Court of Queen's Bench granted the declaration sought in part.

Marguerite Slattery appealed. She argued that the trial judge had erred in permitting the Revenue Canada officials to testify. The New Brunswick Court of Appeal agreed with the trial judge's interpretation of s. 241 of the *Income Tax Act*, and dismissed the appeal.

million de dollars, et d'autres créanciers ont établi l'existence de créances de plus de trois millions de dollars; toutefois, comme Revenu Canada est le seul créancier privilégié, il appert que l'actif du failli ne sera pas suffisant pour satisfaire aux réclamations d'autres créanciers.

Le syndic a intenté une action contre l'appellante, Marguerite Slattery, l'épouse du failli Slattery. Cette action visait à obtenir un jugement déclarant que certains biens enregistrés au nom de Marguerite Slattery faisaient en réalité partie de l'actif du failli ou étaient détenus en fiducie pour le compte de cet actif.

Au procès, le syndic a demandé à faire témoigner deux fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'enquête sur les affaires de Raymond Slattery. L'avocat de Marguerite Slattery s'est opposé à cela en faisant valoir que de tels témoignages étaient prohibés par l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui interdit aux fonctionnaires de Revenu Canada de communiquer des renseignements obtenus d'un contribuable aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge de première instance a décidé que les témoignages n'étaient pas interdits par l'art. 241 puisqu'ils relevaient de l'exception contenue au par. 241(3), qui prévoit que l'interdiction ne s'applique pas «aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les deux fonctionnaires ont témoigné et la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a accordé en partie le jugement déclaratoire demandé.

Marguerite Slattery a interjeté appel de cette décision. Elle a fait valoir que le juge de première instance avait commis une erreur en permettant aux fonctionnaires de Revenu Canada de témoigner. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a souscrit à l'interprétation que le juge de première instance a donnée à l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et elle a rejeté l'appel.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 241:

241. (1) Except as authorized by this section, no official or authorized person shall

(a) knowingly communicate or knowingly allow to be communicated to any person any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*,

(b) knowingly allow any person to inspect or to have access to any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(c) knowingly use, other than in the course of his duties in connection with the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(2) Notwithstanding any other Act or law, no official or authorized person shall be required, in connection with any legal proceedings,

(a) to give evidence relating to any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(b) to produce any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information, under an Act of the Parliament of Canada, or in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(4) An official or authorized person may . . .

(c) communicate or allow to be communicated information obtained under this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or allow inspection of or access to any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the pur-

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 241:

241. (1) Sauf comme l'autorise le présent article, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit

a) sciemment communiquer ni sciemment permettre que soit communiqué à quiconque un renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) sciemment permettre à quiconque d'examiner tout livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ou d'y avoir accès, ni

c) sciemment utiliser, en dehors du cadre de ses fonctions liées à l'application ou à l'exécution de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, un renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

(2) Nonobstant toute autre loi, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit être requise, dans le cas de procédures judiciaires

a) de témoigner relativement à quelque renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) de produire quelque livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent ni aux poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, engagées par le dépôt d'une dénonciation, en vertu d'une loi fédérale, ni aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

(4) Un fonctionnaire ou une personne autorisée peut . . .

c) communiquer ou permettre que soit communiqué, à toute personne qui y a par ailleurs légalement droit, un renseignement obtenu en vertu de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ou permettre l'examen, par toute semblable personne, de

poses of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, to or by any person otherwise legally entitled thereto.

### III. Judgments Below

#### 1. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (Jones J.)

The judgment of the New Brunswick Court of Queen's Bench consists of an oral ruling during the trial on the admissibility of testimony from the Revenue Canada officials. Jones J. held that the proceedings in the case at bar fell within the exception in s. 241(3) of the *Income Tax Act*. In interpreting the phrase "in respect of proceedings relating to the . . . enforcement of this Act", the trial judge commented upon two possible approaches, namely, the one set out in *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561, in which the exception in s. 241(3) was held not to apply in any legal proceedings of a civil character, and a second approach taken in *Canadian Pacific Tobacco Co. v. Stapleton* (1952), 86 C.L.R. 1 (Aust. H.C.), which was more supportive of the trustee's position.

The trial judge held that "relating to" in s. 241(3) has a broad meaning. He suggested that, although s. 241(3) does not apply to civil proceedings unrelated to the *Income Tax Act*, some civil proceedings nonetheless fall within the exemption. He concluded that the action by the Trustee was of this latter kind, stating:

Now I know there can be civil legal proceedings strictly under the *Income Tax Act*, nevertheless, it is my finding that on the interpretation that I make of the words "relating to the enforcement of the Act" that — and bearing in mind the circumstances in this case, the fact that it is — this is a civil action by trustee in bankruptcy, major — while the primary creditor is Revenue Canada, and the purpose for which — came out in evidence before me yesterday morning, this action is pursued, I would find that it comes within the meaning of s. 241.3 and I

quelque livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ou permettre à toute semblable personne d'y avoir accès.

### III. Les juridictions inférieures

#### 1. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (le juge Jones)

Le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick consiste en une décision orale rendue, en cours d'instance, sur l'admissibilité des témoignages de fonctionnaires de Revenu Canada. Le juge Jones a conclu que les procédures en l'espèce relevaient de l'exception prévue au par. 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En interprétant les termes «aux poursuites ayant trait [. . .] à l'exécution de la présente loi», le juge de première instance a formulé des observations sur deux solutions possibles, à savoir, d'une part, celle énoncée dans l'arrêt *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561, où on a conclu que l'exception prévue au par. 241(3) ne s'applique pas à des poursuites judiciaires de nature civile, et, d'autre part, celle adoptée dans la décision *Canadian Pacific Tobacco Co. c. Stapleton* (1952), 86 C.L.R. 1 (H.C. Aust.), qui appuyait davantage la position du syndic.

Le juge de première instance a conclu que l'expression «ayant trait à» employée au par. 241(3) a un sens large. Il a laissé entendre que, même si le par. 241(3) ne s'applique pas à des poursuites civiles qui n'ont aucun rapport avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*, certaines poursuites civiles pouvaient néanmoins relever de l'exception. Il a conclu que l'action intentée par le syndic tombait dans cette dernière catégorie, en disant:

[TRADUCTION] Maintenant, je sais que des poursuites judiciaires civiles peuvent être engagées strictement en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais je conclus toutefois, selon l'interprétation que je donne aux termes «ayant trait à l'exécution de la présente loi» que — et compte tenu des circonstances de la présente affaire, le fait qu'il s'agit — il s'agit d'une action civile intentée par un syndic de faillite, élément majeur — tandis que le créancier principal est Revenu Canada, et de l'objet — cela est ressorti de la preuve qui m'a été soumise hier

would, therefore allow the plaintiff to continue with questions along that — along the line which he was pursuing, or at least I would say that Sections 241.1 and 241.2 would not apply in this proceeding.

Accordingly, the trial judge permitted the Revenue Canada officials to testify.

2. *New Brunswick Court of Appeal* (1991), 120 N.B.R. (2d) 4 (Hoyt, Ayles and Ryan J.J.A.)

The reasons of the court were delivered by Hoyt J.A. (as he then was). During a brief review of the facts, Hoyt J.A. noted the importance of the testimony given by the Revenue Canada officials to the decision reached by the trial judge. He also noted that the purpose of the trustee's action was to ensure that the assets of the estate were collected, so that the bankrupt's creditors, including Revenue Canada, could be paid. In determining whether such proceedings were "proceedings relating to the administration or enforcement of this Act", Hoyt J.A. held at pp. 11-12:

A taxpayer who, like Mr. Slattery, circumvents tax collection procedures found in the *Act* is not thereby immune from other proceedings that the Minister may take to collect unpaid taxes and thus enforce the *Act*. Although Mr. Slattery is not a defendant in this proceeding, the trial judge has found, correctly in my view, that this situation arose because Mr. Slattery attempted to avoid paying outstanding taxes owed to Revenue Canada by implicating Mrs. Slattery with, it must be noted, her acquiescence.

Hoyt J.A. held at p. 12 that to "accept the appellant's submission could prevent the Minister from enforcing the *Income Tax Act* in proceedings other than those brought specifically under that *Act*". He distinguished *Glover, supra*, by stating that the present action could not be characterized as a non-*Income Tax Act* legal proceeding. Although this proceeding was not instituted under the *Income*

matin, visé par cette action, je conclurais qu'elle relève du par. 241.3 et je permettrais donc au demandeur de continuer à poser des questions en ce sens — dans le sens qu'il a adopté, ou je dirais à tout le moins que les par. 241.1 et 241.2 ne s'appliqueraient pas en l'espèce.

Le juge de première instance a donc permis aux fonctionnaires de Revenu Canada de témoigner.

2. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1991), 120 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 4 (les juges Hoyt, Ayles et Ryan)

Les motifs de la cour ont été rendus par le juge Hoyt (maintenant Juge en chef du Nouveau-Brunswick). Dans un bref rappel des faits, le juge Hoyt a souligné l'importance que le juge de première instance a accordée, dans sa décision, aux témoignages des fonctionnaires de Revenu Canada. Il a également fait remarquer que l'action intentée par le syndic visait à assurer le recouvrement des éléments de l'actif, afin de rembourser les créanciers du failli, y compris Revenu Canada. En déterminant si ces procédures constituaient des «poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi», le juge Hoyt conclut, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le contribuable qui, comme M. Slattery, se dérobe aux procédures de recouvrement d'impôt que prévoit la *Loi*, n'est pas pour autant à l'abri des autres poursuites que le Ministre pourrait lui intenter afin de recouvrer l'impôt impayé et de forcer l'exécution de la *Loi*. Quoique M. Slattery ne soit pas un défendeur dans la présente poursuite, le juge du procès a conclu, avec raison à mon sens, que la présente situation s'était présentée parce que M. Slattery avait tenté, en impliquant dans l'affaire Mme Slattery qui toutefois, notons-le, y avait consenti, de ne pas payer l'impôt qu'il devait à Revenu Canada.

Le juge Hoyt conclut, à la p. 12, qu'[TRADUCTION] «[a]ccueillir la prétention de l'appelante pourrait revenir à empêcher le Ministre de faire exécuter la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans les poursuites qui ne seraient pas intentées précisément sous le régime de cette *Loi*». Il a établi une distinction avec l'affaire *Glover*, précitée, en affirmant que la présente action ne pouvait être qualifiée de poursuite judiciaire civile n'ayant aucun rapport avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il a jugé que, même si

*Tax Act*, he found it to be related to the enforcement of that Act.

As a result, the Court of Appeal held that the Revenue Canada officials had properly been permitted to testify and the appeal was dismissed.

#### IV. Issue

The question raised by this appeal is whether a civil action commenced by the trustee for a declaration that certain property is property of the bankrupt's estate is a proceeding "relating to the . . . enforcement of" the *Income Tax Act* within the meaning of s. 241(3) of that Act. If it is, the prohibitions contained in s. 241 of the *Income Tax Act* against Revenue Canada officials' communicating or giving evidence of information obtained from the taxpayer do not apply. The respondent trustee in its factum also argues that the disclosure could be permitted by the exception contained in s. 241(4)(c), by suggesting that a bankruptcy judge is a "person otherwise legally entitled" to such information. As a result of my conclusion, I need not discuss this argument further.

An analysis of the history of s. 241, its underlying purposes and policy, its text and context, applicable judicial authority, and the nature of the proceedings involved herein, leads me to conclude that the courts below were correct in their holdings and that this appeal should be dismissed.

#### V. Analysis

##### 1. *History of s. 241*

At the outset, it is worth noting that the taxation of income in Canada has been and is based on a self assessment and self reporting system. Confi-

elle n'était pas fondée sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la présente poursuite avait trait à l'exécution de cette loi.

<sup>a</sup> La Cour d'appel a donc conclu que c'est à bon droit que les fonctionnaires de Revenu Canada avaient été autorisés à témoigner et elle a rejeté l'appel.

#### <sup>b</sup> IV. Question en litige

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l'action civile que le syndic a intentée en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif du failli est une poursuite «ayant trait à [. . .] l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au sens du par. 241(3) de cette loi. Si c'est le cas, les dispositions de l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdisant aux fonctionnaires de Revenu Canada de communiquer des renseignements obtenus du contribuable ou de témoigner relativement à ces renseignements ne sont pas applicables. Dans son mémoire, le syndic <sup>c</sup> intimé prétend en outre que la communication pourrait être permise en vertu de l'exception contenue à l'al. 241(4)c), en laissant entendre qu'un juge siégeant en matière de faillite est une «personne qui [. . .] a par ailleurs légalement droit» <sup>e</sup> à ces renseignements. Étant donné la conclusion à laquelle j'arrive, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage cet argument.

<sup>g</sup> Une analyse de l'historique de l'art. 241, des objets et de la politique qui le sous-tendent, de son texte et de son contexte, de la jurisprudence applicable et de la nature des procédures ici en cause m'amène à conclure que les juridictions inférieures <sup>h</sup> ont eu raison de statuer comme elles l'ont fait et qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi.

#### V. Analyse

##### <sup>i</sup> 1. *Historique de l'art. 241*

Il convient, au départ, de souligner que le régime fiscal canadien a été et est toujours fondé sur un principe d'auto-cotisation et d'auto-déclaration. La confidentialité des renseignements relatifs au contribuable a toujours constitué un élément

dentality of taxpayer information has been an important part of our income tax collection system.

Legislated confidentiality of information obtained from taxpayers has moved through two distinct stages in Canada. The first stage began with s. 11 of the *Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28. That section was a simple prohibition against disclosure by a person employed in the service of the Crown to a person, not legally entitled thereto, of any information obtained under the Act. Section 11 read as follows:

11. No person employed in the service of His Majesty shall communicate or allow to be communicated to any person not legally entitled thereto, any information obtained under the provisions of this Act, or allow such person to inspect or have access to any written statement furnished under the provisions of this Act. Any person violating any of the provisions of this section shall be liable on summary conviction to a penalty not exceeding two hundred dollars.

Section 11 was re-enacted as s. 81 of the 1927 *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, with the only modification being that the section was divided into two subsections, with the penalty portion becoming s. 81(2). In 1948, s. 81 became s. 121 of *The Income Tax Act*, slight changes in wording took place, and the subsections reverted to a consolidated form once more (S.C. 1948, c. 52). In 1952, the last change of the first stage occurred, and s. 121 became s. 133 in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. Viewed as a whole, this stage of legislative history is distinguishable because the extent of confidentiality protection afforded to taxpayers by the plain language of the statute had two features. First, the prohibition against disclosure was directed only at persons in the service of the Crown. Second, the success of that prohibition depended almost entirely upon the meaning ascribed to the statutory phrase "a person, not legally entitled thereto", which phrase offered the only exception to the otherwise blanket statutory prohibition.

important de notre système de perception de l'impôt.

La reconnaissance législative du caractère confidentiel des renseignements obtenus des contribuables a connu deux phases distinctes au Canada. La première phase a commencé avec l'art. 11 de la *Loi de l'impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28. Cet article interdisait simplement aux personnes au service de Sa Majesté de communiquer un renseignement obtenu en vertu de la Loi à une personne qui n'y avait pas légalement droit. L'article 11 se lisait ainsi:

11. Nulle personne employée au service de Sa Majesté ne doit communiquer ni permettre que l'on communique à une personne qui n'y a pas légalement droit un renseignement quel qu'il soit, obtenu en vertu des dispositions de la présente loi, ni permettre à aucune telle personne d'inspecter les déclarations écrites fournies en vertu des dispositions de la présente loi ou d'avoir accès à aucune de ces déclarations. Toute personne enfreignant les dispositions du présent article est passible, sur conviction par voie sommaire, d'une amende n'excédant pas deux cents dollars.

L'article 11 a été repris à l'art. 81 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu de 1927*, S.R.C. 1927, ch. 97, avec comme seule modification la division de l'article en deux paragraphes, la disposition pénale devenant le par. 81(2). En 1948, l'art. 81 est devenu l'art. 121 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de légères modifications ont été apportées à sa formulation et les paragraphes furent fusionnés à nouveau (S.C. 1948, ch. 52). La dernière modification de la première phase a eu lieu en 1952, lorsque l'art. 121 est devenu l'art. 133 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Considérée dans son ensemble, cette phase de l'historique législatif se caractérise par les deux traits distinctifs de l'étendue de la protection accordée aux contribuables par le texte clair de la Loi. En premier lieu, l'interdiction de divulguer ne visait que les personnes au service de Sa Majesté. En deuxième lieu, l'efficacité de cette interdiction dépendait presque entièrement du sens donné à l'expression «une personne qui n'y avait pas légalement droit» employée dans la Loi, laquelle expression présentait la seule exception à l'interdiction par ailleurs générale formulée dans la Loi.

The second legislative stage began in 1966 when the confidentiality section was entirely modified by two amendments (S.C. 1966-67, c. 47, s. 17, and S.C. 1966-67, c. 91, s. 22). These amendments extended the general rule of non-disclosure to everyone, and at the same time spelled out specific exceptions for prescribed situations. (See Stephen J. Toope and Alison L. Young, "The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law" (1982), 27 *McGill L.J.* 479.) The following is a succinct summary of the 1966 amendments at p. 489:

The general effect of these provisions is to make the section easier to apply. There is now a general prohibition against release of tax information to anyone. The subsections which follow the general prohibition set up exceptions to the rule, and the circumstances in which ministerial discretion may operate seem to be clear. The organization of the section is, in this respect, more amenable to application by common law courts as it resembles a set of rules rather than an abstract principle.

As will be noted again below, the 1966 amendments were described by the Ontario Court of Appeal as "a comprehensive code designed to protect the confidentiality of all information given to the Minister for the purposes of the *Income Tax Act*" — *Glover v. Glover (No. 1)* (1980), 29 O.R. (2d) 392, at p. 396. The amendments were initially embodied in s. 133, but in 1970, s. 133 became s. 241 of the *Income Tax Act*, as it remains today. Since then, the section has been only slightly modified.

## 2. Purposes and Policy Underlying s. 241

In my view, s. 241 involves a balancing of competing interests: the privacy interest of the taxpayer with respect to his or her financial information, and the interest of the Minister in being allowed to disclose taxpayer information to the extent necessary for the effective administration

La deuxième phase législative a commencé en 1966 lorsque deux modifications ont complètement changé la disposition sur la confidentialité (S.C. 1966-67, ch. 47, art. 17, et S.C. 1966-67, ch. 91, art. 22). Ces modifications ont étendu à tous l'application de la règle générale de non-divulgateion, tout en formulant des exceptions précises applicables à des situations prévues. (Voir Stephen J. Toope et Alison L. Young, «The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law» (1982), 27 *R.D. McGill* 479.) On trouve, dans le passage suivant, un bref résumé des modifications de 1966 (à la p. 489):

[TRADUCTION] Ces dispositions ont pour effet général de faciliter l'application de l'article. Il y a maintenant une interdiction générale de communiquer des renseignements fiscaux à qui que ce soit. Les paragraphes qui suivent l'interdiction générale établissent des exceptions à la règle, et les circonstances dans lesquelles peut s'exercer le pouvoir discrétionnaire ministériel semblent claires. À cet égard, il semble que, de par sa structure, l'article soit plus facile à appliquer pour les tribunaux de common law puisqu'il s'apparente davantage à un ensemble de règles qu'à un principe abstrait.

Tel que souligné de nouveau plus loin, les modifications de 1966 ont été décrites par la Cour d'appel de l'Ontario comme un [TRADUCTION] «code complet destiné à préserver le caractère confidentiel de tous les renseignements donnés au Ministre aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*» — *Glover c. Glover (No. 1)* (1980), 29 O.R. (2d) 392, à la p. 396. Les modifications ont d'abord figuré à l'art. 133, mais en 1970, l'art. 133 est devenu l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tel qu'on le connaît aujourd'hui. Depuis lors, cet article n'a été modifié que légèrement.

## 2. Objets et politique qui sous-tendent l'art. 241

À mon avis, l'art. 241 comporte l'établissement d'un équilibre entre des intérêts opposés: l'intérêt du contribuable en matière de respect de sa vie privée en ce qui a trait aux renseignements relatifs à sa situation financière, et l'intérêt qu'a le Ministre à être autorisé à communiquer des renseignements relatifs au contribuable dans la mesure où cela est nécessaire pour appliquer et exécuter efficacement

and enforcement of the *Income Tax Act* and other federal statutes referred to in s. 241(4).

Section 241 reflects the importance of ensuring respect for a taxpayer's privacy interests, particularly as that interest relates to a taxpayer's finances. Therefore, access to financial and related information about taxpayers is to be taken seriously, and such information can only be disclosed in prescribed situations. Only in those exceptional situations does the privacy interest give way to the interest of the state.

As alluded to already, Parliament recognized that to maintain the confidentiality of income tax returns and other obtained information is to encourage the voluntary tax reporting upon which our tax system is based. Taxpayers are responsible for reporting their incomes and expenses and for calculating the tax owed to Revenue Canada. By instilling confidence in taxpayers that the personal information they disclose will not be communicated in other contexts, Parliament encourages voluntary disclosure of this information. The opposite is also true: if taxpayers lack this confidence, they may be reluctant to disclose voluntarily all of the required information (Edwin C. Harris, *Canadian Income Taxation* (4th ed. 1986), at pp. 26-27).

Parliament has also recognized, however, that if personal information obtained cannot be used to assist in tax collection when required, including tax collection by way of judicial enforcement, the possession of such information will be useless. Disclosure of information obtained through tax returns or collected in the course of tax investigations may be necessary during litigation in order to ensure that all relevant information is before the court, and thereby to assist in the correct disposition of litigation. But this necessity is sanctioned by Parliament in a very limited number of situations. Disclosure is authorized in criminal proceedings and other proceedings as set out in s. 241(3). Certain other situations are specified in s. 241(4), which have been described by the Ontario Court of

la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'autres lois fédérales mentionnées au par. 241(4).

L'article 241 traduit l'importance d'assurer le respect des intérêts du contribuable en matière de vie privée, particulièrement en ce qui concerne sa situation financière. L'accès à des renseignements financiers ou connexes sur les contribuables doit donc être pris au sérieux et ces renseignements ne peuvent être communiqués que dans les situations prévues. Ce n'est que dans ces situations exceptionnelles que l'intérêt relatif à la vie privée doit céder le pas à l'intérêt de l'État.

Comme je l'ai déjà mentionné, le Parlement a reconnu qu'en préservant le caractère confidentiel des déclarations d'impôt sur le revenu et d'autres renseignements obtenus, on encourage la production volontaire de déclarations d'impôt sur le revenu sur laquelle repose notre régime fiscal. Les contribuables sont tenus de déclarer leurs revenus et leurs dépenses et de calculer l'impôt qu'ils doivent à Revenu Canada. En insufflant chez les contribuables la confiance que les renseignements personnels qu'ils révèlent ne seront pas communiqués dans d'autres contextes, le Parlement encourage la communication volontaire de ces renseignements. Le contraire est également vrai: si les contribuables n'ont pas cette confiance, ils peuvent hésiter à communiquer volontairement tous les renseignements requis (Edwin C. Harris, *Canadian Income Taxation* (4<sup>e</sup> éd. 1986), aux pp. 26 et 27).

Toutefois, le Parlement a également reconnu que, si les renseignements personnels obtenus ne peuvent être utilisés pour faciliter le recouvrement de l'impôt, notamment par voie judiciaire, lorsque cela est nécessaire, la possession de tels renseignements ne sera d'aucune utilité. Il peut être nécessaire de procéder en cours d'instance à la communication de renseignements obtenus dans les déclarations d'impôt sur le revenu ou recueillis dans le cadre d'enquêtes fiscales, pour garantir que le tribunal dispose de tous les renseignements pertinents et soit ainsi plus en mesure de trancher adéquatement le litige. Cette nécessité n'est toutefois sanctionnée par le Parlement que dans un nombre très limité de cas. La communication est permise dans des poursuites criminelles ou d'autres pour-



Appeal as being “largely of an administrative nature” (*Glover v. Glover (No. 1)*, *supra*, at p. 397).

### 3. *The Text and Context of s. 241(3)*

As already noted, s. 241(3) provides, *inter alia*, that the confidentiality provisions in s. 241(1) and (2) do not apply “in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of” the *Income Tax Act*. The appellant argues that the only proceedings covered by this exception are those which are expressly provided for in Part XV of the Act, entitled “Administration and Enforcement”. The appellant’s argument would require the words in s. 241(3) to be read as meaning that the confidentiality provisions do not apply “in respect of proceedings taken pursuant to the administration or enforcement provisions” of the *Income Tax Act*. Neither the text nor context of s. 241 supports this argument.

The connecting phrases used by Parliament in s. 241(3) are very broad. The confidentiality provisions are stated not to apply in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*.

The phrase “in respect of” was considered by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39:

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters. [Emphasis added.]

In my view, these comments are equally applicable to the phrase “relating to”. *The Pocket Oxford Dic-*

suites énoncées au par. 241(3). Elle est aussi permise dans d’autres situations énumérées au par. 241(4), que la Cour d’appel de l’Ontario a déjà décrites comme étant [TRADUCTION] «de nature surtout administrative» (*Glover c. Glover (No. 1)*, précité, à la p. 397).

### 3. *Le texte et le contexte du par. 241(3)*

Comme je l’ai déjà mentionné, le par. 241(3) prévoit notamment que les dispositions en matière de confidentialité contenues aux par. 241(1) et (2) ne s’appliquent pas «aux poursuites ayant trait à l’application ou à l’exécution de» la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’appelante prétend que les seules poursuites qui sont visées par cette exception sont celles qui sont expressément prévues à la partie XV de la Loi, intitulée «Application et exécution». L’argument de l’appelante exigerait d’interpréter les termes du par. 241(3) comme signifiant que les dispositions en matière de confidentialité ne s’appliquent pas «aux poursuites engagées conformément aux dispositions relatives à l’application ou à l’exécution de» la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cet argument n’est appuyé ni par le texte ni par le contexte de l’art. 241.

Les expressions conjonctives que le Parlement utilise dans la version anglaise du par. 241(3) sont très générales. On précise que les dispositions en matière de confidentialité ne s’appliquent pas aux (in respect of) poursuites ayant trait à (relating to) l’application ou à l’exécution de la Loi de l’impôt sur le revenu.

Les mots «quant à» («*in respect of*») ont été examinés par notre Cour dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39:

À mon avis, les mots «quant à» [«*in respect of*»] ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant» [«*in relation to*»], «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression «quant à» qui est la plus large. [Je souligne.]

Selon moi, ces commentaires s’appliquent également à l’expression anglaise «*relating to*». *The*

*tionary* (1984) defines the word "relation" as follows:

... what one person or thing has to do with another, way in which one stands or is related to another, kind of connection or correspondence or contrast or feeling that prevails between persons or things; ...

So, both the connecting phrases of s. 241(3) suggest that a wide rather than narrow view should be taken when considering whether a proposed disclosure is in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*.

This breadth of meaning is confirmed when one examines the French version of the section. The French version of s. 241(3) reads as follows:

241. ...

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent ni aux poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, engagées par le dépôt d'une dénonciation, en vertu d'une loi fédérale, ni aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi ... [Emphasis added.]

The phrase "ayant trait à" is defined in the Larousse dictionary *Dictionnaire de la langue française* (1989) as: "Avoir trait à : avoir un rapport avec". The dictionary *Le Robert Méthodique* (1988) defines the phrase as: "Avoir trait à: Se rapporter à ... V. Rapport". And the same dictionary defines the word "rapport" as meaning "Lien, relation". Consequently, the French version of s. 241(3) is as broad as the English version.

The next question to ask considers what type of administration or enforcement proceedings are contemplated by s. 241(3): only proceedings brought under the *Income Tax Act* itself, or both such proceedings and others? To answer this question, one must look first to the wording of s. 241(3). That provision contains no language which confines the concept of proceedings relating to administration or enforcement to the boundaries of

*Pocket Oxford Dictionary* (1984) définit ainsi le mot anglais «*relation*»:

[TRADUCTION] ... rapport qui existe entre des personnes ou des choses, façon de se situer ou d'être par rapport à quelqu'un d'autre ou quelque chose d'autre, sorte de lien, de correspondance, de contraste ou de sentiment entre des personnes ou des choses ...

Ainsi, les deux expressions conjonctives que l'on trouve dans la version anglaise du par. 241(3) portent à croire qu'il y a lieu d'adopter une interprétation large plutôt qu'étroite en examinant si une communication proposée se rapporte à des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ce sens large est confirmé par la version française de cet article. Le texte français du par. 241(3) se lit ainsi:

241. ...

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent ni aux poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, engagées par le dépôt d'une dénonciation, en vertu d'une loi fédérale, ni aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi ... [Je souligne.]

L'expression «*ayant trait à*» est ainsi définie dans le *Dictionnaire de la langue française* (Larousse), (1989): «*Avoir trait à: avoir un rapport avec*». Le dictionnaire *Le Robert Méthodique* (1988) définit ainsi l'expression: «*Avoir trait à: Se rapporter à [...] V. Rapport*». Le même dictionnaire définit le mot «*rapport*» comme signifiant «*Lien, relation*». Par conséquent, la version française du par. 241(3) est aussi générale que la version anglaise.

Il faut ensuite s'interroger sur le genre de poursuites relatives à l'application ou à l'exécution qu'envisage le par. 241(3): s'agit-il uniquement des poursuites engagées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* elle-même, ou à la fois de ces poursuites et d'autres types de poursuites? Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner le texte du par. 241(3). Cette disposition ne contient aucun terme qui confine la notion de pour-

the *Income Tax Act*. This conclusion is buttressed when one considers the context of s. 241.

Section 241 is found in Part XV of the *Income Tax Act*, which deals with administration and enforcement as previously noted. It is obvious, but the fact must nonetheless be highlighted, that the collection of money owing to Revenue Canada is an important part of the Act's enforcement. This proposition is confirmed by s. 222 of the Act which reads as follow:

222. All taxes, interest, penalties, costs and other amounts payable under this Act are debts due to Her Majesty and recoverable as such in the Federal Court of Canada or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act. [Emphasis added.]

Section 222 is a clear statement that, in addition to the procedures specified in the *Income Tax Act*, the Minister may resort generally to the courts to institute civil proceedings to collect taxes as debts. But, in order to take full advantage of this power, the Minister must be able to disclose in court otherwise confidential information in order to prove the cause of action in debt. It must therefore be possible to disclose such information to establish the amount owed and to prove related matters. Absent the ability to disclose as required to prove a debt, s. 222 would be deprived of part of its meaning. The absurdity of such a result strongly suggests that the collection proceedings specified in s. 222 are proceedings "relating to the . . . enforcement" of the *Income Tax Act* within the meaning of s. 241(3).

This legislative interpretation accords with the necessary balancing of privacy and state interests which takes place in s. 241. Confidentiality of tax information is necessary in order to promote the privacy interests of taxpayers and the success of voluntary tax reporting. But the success of the voluntary tax reporting system will be of no import if

suites ayant trait à l'application ou à l'exécution aux limites de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette conclusion est étayée par le contexte de l'art. 241.

L'article 241 figure dans la partie XV de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui porte sur l'application et l'exécution comme cela a déjà été mentionné. Même si cela est évident, il vaut néanmoins la peine de souligner que le recouvrement de sommes d'argent dues à Revenue Canada constitue une partie importante de l'exécution de la Loi. Cette proposition est confirmée par l'art. 222 de la Loi, dont voici le texte:

222. Tous les impôts, intérêts, pénalités, frais et autres montants payables en vertu de la présente loi sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant la Cour fédérale du Canada ou devant tout autre tribunal compétent, ou de toute autre manière prévue par la présente loi. [Je souligne.]

L'article 222 énonce clairement qu'en plus des procédures mentionnées expressément dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le Ministre peut généralement recourir aux tribunaux et engager des poursuites civiles en vue d'effectuer des recouvrements d'impôt. Mais pour profiter pleinement de ce pouvoir, le Ministre doit être en mesure de communiquer au tribunal des renseignements par ailleurs confidentiels afin d'établir l'existence d'une cause d'action fondée sur une dette. Il doit par conséquent être possible de communiquer de tels renseignements pour établir le montant de la dette et pour faire la preuve de questions connexes. S'il n'était pas possible de communiquer les renseignements nécessaires pour établir l'existence d'une dette, l'art. 222 perdrait une partie de son sens. Devant l'absurdité d'un tel résultat, force est de conclure que les poursuites en recouvrement mentionnées à l'art. 222 constituent des poursuites «ayant trait à [. . .] l'exécution» de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au sens du par. 241(3).

Cette interprétation législative s'harmonise avec l'établissement nécessaire d'un équilibre entre les intérêts relatifs à la vie privée et les intérêts de l'État, qui a lieu à l'art. 241. La confidentialité des renseignements fiscaux est nécessaire pour promouvoir les intérêts relatifs à la vie privée qu'ont les contribuables et le succès de la production

Revenue Canada cannot effectively collect taxes owed by taxpayers. In order to collect taxes owed, Revenue Canada should be able to resort to various procedures and proceedings to pursue the amounts owed and in doing so should also be able to disclose in court the information necessary to prove a cause of action in debt. As Décaré J.A. said in *Diversified Holdings Ltd v. Canada*, [1991] 1 F.C. 595 (C.A.), at p. 599:

In the instant case, the documents are part of a process, the collection proceedings, which is in itself in the public domain and which involves by its very nature the publication of information that would otherwise have remained confidential. One cannot seize a property pursuant to a certificate which has the force and effect of a judgment (see subsection 223(2) of the Act) without revealing to some extent information given to the Minister.

#### 4. *Judicial Interpretation of s. 241*

I do not find it necessary to discuss all the cases which were decided under s. 241's predecessor sections or which deal with actions related to those predecessor sections. However, both the appellant and respondent cited, in support of their respective positions, the decision of the Ontario Court of Appeal in *Glover v. Glover (No. 1)*, *supra*, which was affirmed by this Court in a short judgment (*Glover v. Minister of National Revenue*, *supra*). Accordingly, some comment on this case is required.

In *Glover*, a trial judge ordered Revenue Canada to disclose the address of a taxpayer who had abducted his children in violation of a court order which granted custody to the children's mother. The question was whether the judge who ordered disclosure of the information was a person "legally entitled thereto". That phrase had been carried over from s. 241's predecessor provision and was restated in s. 241(4)(c) as an enumerated exception. The Ontario Court of Appeal set aside the

volontaire des déclarations d'impôt sur le revenu. Mais le succès du système de production volontaire des déclarations d'impôt sur le revenu sera dénué de sens si Revenu Canada ne peut, dans les faits, percevoir les montants d'impôt que lui doivent les contribuables. Pour être en mesure d'effectuer des recouvrements d'impôt, Revenu Canada devrait pouvoir recourir à diverses procédures et poursuites visant la perception des montants dus et, ce faisant, pouvoir aussi communiquer au tribunal les renseignements nécessaires pour établir l'existence d'une cause d'action fondée sur une dette. Comme l'affirme le juge Décaré, dans l'arrêt *Diversified Holdings Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 595 (C.A.), à la p. 599:

En l'espèce, les documents en cause sont partie intégrante d'un processus, savoir les mesures de recouvrement de l'impôt, lequel processus est public et implique de par sa nature, la publication de renseignements qui autrement seraient restés confidentiels. On ne saurait saisir un bien en exécution d'un certificat qui produit les mêmes effets qu'une décision judiciaire (voir le paragraphe 223(2) de la Loi) sans divulguer dans une certaine mesure les renseignements obtenus par le ministre.

#### 4. *Interprétation judiciaire de l'art. 241*

J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les décisions qui ont été rendues sous le régime des articles qui ont précédé l'art. 241 ou qui portent sur des actions liées à ces articles précédents. Toutefois, l'appelante et l'intimée ont cité, à l'appui de leurs positions respectives, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Glover c. Glover (No. 1)*, précité, que notre Cour a confirmé dans un bref arrêt (*Glover c. Ministre du Revenu national*, précité). En conséquence, il est nécessaire de commenter jusqu'à un certain point cet arrêt.

Dans *Glover*, le juge de première instance avait ordonné à Revenu Canada de communiquer l'adresse d'un contribuable qui avait enlevé ses enfants contrairement à une ordonnance judiciaire de garde en faveur de la mère des enfants. Il s'agissait de déterminer si le juge qui avait ordonné la communication des renseignements était une personne «qui [...] y [avait] légalement droit». Cette expression, qui remonte à la disposition ayant précédé l'art. 241, a été reprise dans l'al.

trial judge's order, holding that the judge did not come within the s. 241(4)(c) exception.

In the course of his reasons, MacKinnon A.C.J.O. on behalf of a unanimous court made some general comments on the interpretation of s. 241. He stated at p. 396 that "[s]ection 241, in my view, is a comprehensive code designed to protect the confidentiality of all information given to the Minister for the purposes of the *Income Tax Act*". In his opinion, at p. 397, s. 241(3) was:

... a clear statement of parliamentary policy that no information obtained for the purpose of the Act shall be communicated and no official or authorized person shall be required to give evidence relating to such information in any non-*Income Tax Act* civil legal proceedings.

The mother appealed the decision of the Ontario Court of Appeal to this Court, which dismissed the appeal with brief reasons in which Laskin C.J. said at p. 562:

Sympathetic though one is inclined to be to the appellant's plight, the statutory provisions above-mentioned for non-disclosure, in connection with any legal proceedings of a civil character, do not give any power to a court to qualify them, nor do the exceptions set out in s. 241(4)(c) assist the appellant.

I agree with the respondent that, in *Glover*, the proceedings in question had no connection whatsoever with the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. As a result, this Court's decision must be read to mean that the confidentiality provisions apply to any legal proceeding of a civil character which is not covered by the exception provided in s. 241(3). In other words, ss. 241(1) and (2) apply to civil proceedings which are not related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. In my view, *Glover* does not inform the issue already set out: the essential question is whether or not the bankruptcy proceedings taken herein are related to the administration or enforce-

241(4)(c) à titre d'exception énumérée. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'ordonnance du juge de première instance, en statuant que le juge n'était pas visé par l'exception de l'al. 241(4)(c).

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la cour à l'unanimité, le juge en chef adjoint MacKinnon a fait certains commentaires généraux sur l'interprétation de l'art. 241. Il affirme, à la p. 396: [TRADUCTION] «[à] mon sens, l'art. 241 est un code complet destiné à préserver le caractère confidentiel de tous les renseignements donnés au Ministre aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*». Il se dit d'avis, à la p. 397, que le par. 241(3) est:

[TRADUCTION] ... un énoncé clair de la politique parlementaire voulant qu'aucun renseignement obtenu aux fins de la Loi ne soit communiqué et qu'aucun fonctionnaire, ou autre personne autorisée, ne soit tenu de témoigner au sujet de tels renseignements dans quelque poursuite judiciaire civile n'ayant aucun rapport avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La mère a formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario devant notre Cour qui a rejeté ce pourvoi en exposant de brefs motifs dans lesquels le juge en chef Laskin affirme, à la p. 562:

Malgré la sympathie que l'on peut avoir pour la situation de l'appelante, les dispositions précitées de la Loi qui interdisent la communication de renseignements dans des procédures de nature civile, ne permettent pas à la Cour de les atténuer pas plus que les exceptions énoncées à l'al. 241(4)(c) ne sont utiles à l'appelante.

Je conviens avec l'intimée que, dans l'affaire *Glover*, les poursuites en question n'avaient absolument rien à voir avec l'application ou l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, il faut interpréter l'arrêt de notre Cour comme signifiant que les dispositions en matière de confidentialité s'appliquent à toutes procédures de nature civile qui ne sont pas visées par l'exception prévue au par. 241(3). En d'autres termes, les par. 241(1) et (2) s'appliquent aux procédures civiles qui n'ont aucun rapport avec l'application ou l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À mon avis, *Glover* n'est pas pertinent en ce qui concerne la question en litige qui a déjà été énoncée: la question essentielle est de savoir si les procédures en matière de faillite engagées en l'espèce

ment of the *Income Tax Act*. As I will now discuss, I think they are.

V. *Are the Present Proceedings Covered by s. 241(3)?*

In determining whether the present bankruptcy proceedings are covered by the exception in s. 241(3) of the *Income Tax Act*, I think it worthwhile to note briefly some of the features of the bankruptcy process.

It has been stated that among the purposes of the *Bankruptcy Act* are a desire to permit an effective and fair distribution of the assets of a bankrupt person, and a desire to protect creditors of insolvent persons. See Houlden and Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), at pp. 1-3, 1-4; see also Marc Chabot, *Faillite et Insolvabilité* (1987), at p. 8. Indeed, it has been asserted that not only are the interests of debtors and creditors protected under the *Bankruptcy Act*, but so is the public interest. See Professor Albert Bohémier, *Faillite et Insolvabilité*, vol. 1, (1992), at pp. 48-56. Thus, there are many who would advocate resort to bankruptcy proceedings as an effective and fair means of debt collection. I need not join the debate as to whether or to what extent these assertions are true. I will simply note that the bankruptcy process is aimed at the proper protection of debtor, creditor and public interests.

In the case on appeal, the Minister of National Revenue petitioned Raymond Slattery into bankruptcy. Mr. Slattery filed a statement of affairs stating that he had virtually no assets. The trustee then commenced the present action in the Court of Queen's Bench of New Brunswick seeking a declaration that certain assets held in the name of the appellant, Marguerite Slattery, were in reality property of the bankrupt's estate.

ont trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme je vais maintenant le démontrer, je crois que c'est le cas.

V. *Les poursuites engagées en l'espèce sont-elles visées par le par. 241(3)?*

Pour déterminer si les procédures en matière de faillite engagées en l'espèce sont visées par l'exception du par. 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je crois qu'il vaut la peine de mentionner brièvement certaines caractéristiques du processus de faillite.

On a dit que, parmi les objets de la *Loi sur la faillite*, il y a la volonté de permettre une répartition efficace et équitable de l'actif du failli, et celle de protéger les créanciers de personnes insolvables. Voir Houlden et Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1993), aux pp. 1-3 et 1-4; voir aussi Marc Chabot, *Faillite et Insolvabilité* (1987), à la p. 8. En fait, on a affirmé que la *Loi sur la faillite* protège non seulement les intérêts des débiteurs et des créanciers, mais encore l'intérêt public. Voir le professeur Albert Bohémier, *Faillite et Insolvabilité*, t. 1, (1992), aux pp. 48 à 56. Ainsi, nombre d'auteurs préconiseraient le recours à des procédures en matière de faillite comme moyen efficace et équitable de recouvrer des dettes. Je n'ai pas à m'engager dans le débat sur la question de savoir si ces affirmations sont véridiques, ou jusqu'à quel point elles le sont. Je me contenterai de noter que le processus de faillite vise à assurer une protection adéquate aux intérêts des débiteurs, des créanciers et du public.

En l'espèce, le ministre du Revenu national a demandé la mise en faillite de Raymond Slattery. Monsieur Slattery a produit un bilan selon lequel il n'avait pratiquement aucun élément d'actif. Le syndic a alors intenté la présente action devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick afin d'obtenir un jugement déclarant que certains biens détenus au nom de l'appelante, Marguerite Slattery, faisaient en réalité partie de l'actif du failli.

The appellant admits that, if the Minister through Revenue Canada had instituted proceedings under the *Income Tax Act*, such proceedings would be enforcement proceedings covered by the exception in s. 241(3). However, the appellant argues that because the proceedings herein were taken by the trustee, they cannot qualify as such. In my view, this argument fails for several reasons.

First, the appellant's argument is not supported by the wording of s. 241(3). As mentioned earlier, in my opinion the exception authorizing Revenue Canada to disclose tax related information in proceedings is very broad; that is, it operates in respect of proceedings relating to the enforcement of the *Income Tax Act*. The practical purpose and result of the present proceedings will be to increase the estate of the bankrupt taxpayer, Raymond Slattery. The ultimate purpose and result of these same proceedings will be the payment of taxes owed, inasmuch as Revenue Canada is a preferred beneficiary under the scheme of distribution established by s. 136 of the *Bankruptcy Act*. I find it quite clear that, under the terms of s. 241(3), such a proceeding has a "relation" or "connection" with the enforcement of the *Income Tax Act*. Neither the fact that the bankruptcy proceedings involve other creditors of the bankrupt, nor the fact that the proceedings were commenced by the trustee, detracts from the "relation" or "connection" between the proceedings and the enforcement of the *Income Tax Act*.

Second, the appellant's argument is also somewhat inconsistent with the power given to creditors in s. 38(1) of the *Bankruptcy Act*. Section 38(1) provides for the following:

38. (1) Where a creditor requests the trustee to take any proceeding that in his opinion would be for the benefit of the estate of a bankrupt and the trustee refuses or neglects to take the proceeding, the creditor may obtain from the court an order authorizing him to take the proceeding in his own name and at his own expense and risk . . . .

L'appelante reconnaît que, si le Ministre avait engagé par l'intermédiaire de Revenu Canada des poursuites fondées sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ces poursuites constitueraient des poursuites ayant trait à l'exécution de la Loi qui seraient visées par l'exception du par. 241(3). Cependant, elle soutient que, puisque les poursuites dont il est ici question ont été engagées par le syndic, elles ne peuvent pas être qualifiées ainsi. À mon avis, cet argument échoue pour plusieurs raisons.

En premier lieu, l'argument de l'appelante n'est pas appuyé par le texte du par. 241(3). Comme je l'ai déjà mentionné, j'estime que l'exception qui autorise Revenu Canada à communiquer des renseignements fiscaux dans des poursuites est très générale; en effet, elle s'applique aux poursuites ayant trait à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les présentes poursuites auront pour objet et résultat pratiques d'accroître l'actif du contribuable failli, Raymond Slattery. Elles auront pour objet et résultat ultimes le versement du montant d'impôt dû, dans la mesure où Revenu Canada est un créancier privilégié selon le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. J'estime qu'il est très clair qu'en vertu des dispositions du par. 241(3), une telle procédure a un «rapport» ou un «lien» avec l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ni le fait que d'autres créanciers du failli soient en cause dans les procédures en matière de faillite, ni le fait que ces procédures aient été engagées par le syndic ne diminue le «rapport» ou le «lien» entre les procédures et l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En deuxième lieu, l'argument de l'appelante est aussi quelque peu incompatible avec le pouvoir conféré aux créanciers par le par. 38(1) de la *Loi sur la faillite*. Le paragraphe 38(1) se lit ainsi:

38. (1) Lorsqu'un créancier demande au syndic d'intenter des procédures qui, à son avis, seraient à l'avantage de l'actif du failli, et que le syndic refuse ou néglige d'intenter ces procédures, le créancier peut obtenir du tribunal une ordonnance l'autorisant à intenter des procédures en son propre nom et à ses propres frais et risques . . .

If we accept the appellant's proposition, a potential contradiction obviously results. That is, if a trustee initiated proceedings, confidential information obtained by Revenue Canada could not be disclosed in order to prove the fraudulent scheme, whereas if the trustee refused to act and Revenue Canada took the same proceedings, the information could arguably be disclosed. This result makes no sense since, in either case, the proceedings would be under the *Bankruptcy Act* and would be taken in furtherance of enforcing the *Income Tax Act*. The intervention of the trustee does not change the character of the bankruptcy proceedings, in so far as that character relates to the enforcement of the *Income Tax Act*.

Third, at the level of policy, I see no valid reason why the Minister should be inhibited from recourse to the bankruptcy process in light of the advantages and protection that this process can entail. If the Minister cannot disclose confidential information in bankruptcy to prove a claim asserted, the bankruptcy procedure will in many cases not be available for income tax enforcement. Again, the sense of this result is not apparent.

Without wishing to rule in any way on the matter, it is alleged that Revenue Canada had and still has at its disposal some *Income Tax Act* remedies against the appellant, which are unaffected by the stay of proceedings provided for by s. 69 of the *Bankruptcy Act*, which reads as follows:

69. (1) On the filing of a proposal made by an insolvent person or on the bankruptcy of any debtor, no creditor with a claim provable in bankruptcy shall have any remedy against the debtor or his property or shall commence or continue any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with the leave of the court and on such terms as the court may impose.

Si on accepte la proposition de l'appelante, il en résulte manifestement une contradiction potentielle. En effet, si c'est un syndic qui a engagé les procédures, les renseignements confidentiels obtenus par Revenu Canada ne pourraient pas être communiqués afin d'établir l'existence d'une manœuvre dolosive, tandis que, si c'est Revenu Canada qui a engagé ces mêmes procédures, à la suite du refus d'agir du syndic, il est possible de soutenir que ces renseignements pourraient être communiqués. Ce résultat n'a aucun sens puisque, dans l'une et l'autre des hypothèses, les procédures seraient fondées sur la *Loi sur la faillite* et engagées pour assurer l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'intervention du syndic ne modifie pas la nature des procédures en matière de faillite, dans la mesure où cette nature a trait à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En troisième lieu, je ne vois, en principe, aucune raison valable d'empêcher le Ministre de recourir au processus de faillite étant donné les avantages et la protection que ce processus peut offrir. Si le Ministre ne peut, dans une faillite, communiquer des renseignements confidentiels afin de prouver une réclamation, il sera impossible, dans bien des cas, de recourir à la procédure en matière de faillite afin de mettre à exécution des dispositions fiscales. Encore une fois, il n'est pas évident que ce résultat ait du sens.

Sans vouloir statuer de quelque façon sur ce point, on allègue que Revenu Canada pouvait et peut toujours exercer, contre l'appelante, certains recours fondés sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ne sont pas touchés par la suspension des procédures prévue à l'art. 69 de la *Loi sur la faillite*, dont voici le texte:

69. (1) Lors de la déposition d'une proposition faite par une personne insolvable ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite n'a de recours contre le débiteur ou contre ses biens, ni ne peut intenter ou continuer une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, tant que le syndic n'a pas été libéré ou que la proposition n'a pas été refusée, sauf avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier peut imposer.



(See D. Scott Brown, "Bankruptcy and Income Tax: A Revenue Canada Perspective" in *1990 Conference Report: Report of Proceedings of the Forty-Second Tax Conference*, at p. 18:11).

One of these allegedly unaffected remedies is found in s. 160 of the *Income Tax Act* which provides:

160. (1) Where a person has, on or after the 1st day of May, 1951, transferred property, either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to

(a) his spouse or a person who has since become his spouse,

. . .

the following rules apply:

. . .

(e) the transferee and transferor are jointly and severally liable to pay under this Act an amount equal to the lesser of

(i) the amount, if any, by which the fair market value of the property at the time it was transferred exceeds the fair market value at that time of the consideration given for the property, and

(ii) the aggregate of all amounts each of which is an amount that the transferor is liable to pay under this Act in or in respect of the taxation year in which the property was transferred or any preceding taxation year.

D. Scott Brown, in the article cited above, comments on the scope of s. 160 as follows (at p. 18:13):

The provisions of section 160 enable the minister to assess a transferee in respect of a transfer of property that, but for that provision, would require recourse under the settlement provisions of sections 91, 92, or 93 of the Bankruptcy Act, or alternatively under a provincial fraudulent conveyance statute. Generally, section 160 provides a very effective remedy against this type of transfer. In fact, the result of any direct or indirect transfer to a spouse . . . will be that the transferee and the transferor will be held jointly and severally liable under section 160 to pay the lesser of (1) the difference between the fair market value of the property and the

(Voir D. Scott Brown, «Bankruptcy and Income Tax: A Revenue Canada Perspective» dans *1990 Conference Report: Report of Proceedings of the Forty-Second Tax Conference*, à la p. 18:11).

L'un de ces recours qui, allègue-t-on, ne serait pas touché figure à l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui se lit ainsi:

160. (1) Lorsqu'une personne a, depuis le 1<sup>er</sup> mai 1951, transféré des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon,

a) à son conjoint ou à une personne devenue depuis son conjoint,

. . .

les règles suivantes s'appliquent:

d

. . .

e) le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont conjointement et solidairement responsables du paiement en vertu de la présente loi d'un montant égal au moins élevé des deux montants suivants:

(i) la fraction, si fraction il y a, de la juste valeur marchande des biens à la date du transfert qui est en sus de la juste valeur marchande à cette date de la contrepartie donnée pour le bien, et

(ii) le total des montants dont chacun représente un montant que l'auteur du transfert doit payer en vertu de la présente loi au cours de l'année d'imposition dans laquelle les biens ont été transférés ou d'une année d'imposition antérieure ou pour une de ces années.

D. Scott Brown, dans l'article précité, fait le commentaire suivant sur la portée de l'art. 160 (à la p. 18:13):

[TRADUCTION] Les dispositions de l'article 160 habilite le Ministre à cotiser un bénéficiaire à l'égard d'un transfert de bien qui, n'était-ce cette disposition, nécessiterait un recours fondé sur les dispositions en matière de disposition de biens des articles 91, 92 ou 93 de la *Loi sur la faillite* ou sur une loi provinciale en matière de cession frauduleuse. L'article 160 fournit généralement un recours très efficace contre ce type de transfert. En fait, le résultat de tout transfert direct ou indirect au conjoint [. . .] sera que le bénéficiaire et l'auteur du transfert seront, en vertu de l'article 160, conjointement et solidairement responsables du paiement du moins

amount paid for the property, and (2) the amount of the tax due by the transferor in the year of the transfer or any prior year.

It was apparently acknowledged by the appellant that the Minister could have used s. 160 in an attempt to recover some of the taxes owed by Raymond Slattery, but did not do so. The appellant agrees that, in the context of s. 160, the Minister could have disclosed the confidential tax information, but the appellant argues that the bankruptcy proceedings are different in nature. However, whether or not they are different in nature is beside the point. The important point is whether or not the disclosure within the bankruptcy proceedings occurred "in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of" the *Income Tax Act*. The possible existence of an alternative enforcement procedure which would clearly permit disclosure is further support for the respondent's position. Although the Minister chose to collect taxes by petitioning the taxpayer into bankruptcy, in my view, this did not disentitle Revenue Canada from disclosing the confidential information. The disclosure occurred in respect of proceedings which can be clearly characterized as relating to the enforcement of the *Income Tax Act* within the meaning of s. 241(3) of that Act.

Finally, counsel for the appellant argued that to characterize the bankruptcy proceedings as "proceedings relating to the . . . enforcement of" the *Income Tax Act* would open up difficult questions relating to competence and compellability as those issues might affect Revenue Canada in a variety of possible actions. I find this argument unpersuasive, particularly in light of the circumstances of this case. Those circumstances include Revenue Canada's act of petitioning the taxpayer into bankruptcy, the active involvement of Revenue Canada in the bankruptcy proceedings, the collaboration between officials and the trustee, and the reality that Revenue Canada was entitled to volunteer and did, in fact, volunteer to disclose the otherwise

élevé des deux montants suivants: (1) la différence entre la juste valeur marchande du bien et le montant payé pour ce bien, et (2) le montant d'impôt dû par l'auteur du transfert au cours de l'année du transfert ou de toute autre année antérieure.

L'appelante a apparemment reconnu que le Ministre aurait pu se servir de l'art. 160 pour tenter de percevoir certains des montants d'impôt dus par Raymond Slattery, mais qu'il ne l'a pas fait. L'appelante convient que, dans le contexte de l'art. 160, le Ministre aurait pu communiquer les renseignements fiscaux confidentiels, mais elle prétend que les procédures en matière de faillite sont de nature différente. Cependant, il n'importe pas qu'elles soient ou non de nature différente. Ce qui importe c'est de savoir si la communication au cours des procédures en matière de faillite a eu lieu relativement à des «poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'existence possible d'une autre procédure d'exécution qui permettrait clairement la communication vient appuyer davantage la position de l'intimée. À mon avis, même si le Ministre a choisi de percevoir l'impôt en demandant la mise en faillite du contribuable, Revenu Canada ne perdait pas pour autant le droit de communiquer des renseignements confidentiels. La communication a eu lieu à l'égard de procédures qui peuvent clairement être qualifiées de poursuites ayant trait à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au sens du par. 241(3) de cette loi.

En dernier lieu, l'avocat de l'appelante a soutenu que le fait de qualifier les procédures en matière de faillite comme étant des «poursuites ayant trait à [. . .] l'exécution de» la *Loi de l'impôt sur le revenu* soulèverait de délicates questions en matière de compétence et de contraignabilité puisque ces questions pourraient toucher Revenu Canada dans divers recours possibles. Je trouve cet argument non convaincant, compte tenu tout particulièrement des circonstances de l'espèce, notamment la requête de mise en faillite du contribuable présentée par Revenu Canada, la participation active de Revenu Canada aux procédures en matière de faillite, la collaboration entre les fonctionnaires et le syndic, et le fait que Revenu

confidential information in order to enforce the *Income Tax Act*.

## VI. Conclusion

For the foregoing reasons, I conclude that the proceedings taken by the trustee are "proceedings relating to the administration or enforcement" of the *Income Tax Act* as set out in s. 241(3). Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci. I respectfully disagree with his conclusion regarding the scope of the s. 241(3) exemption from non-disclosure of information obtained by the Minister of Revenue for the purposes of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

Section 241(3) provides that the general prohibition on disclosure of such information, as set out in ss. 241(1) and (2), does not apply, *inter alia*, "in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of this Act . . ." The sole question on this appeal is whether the proceedings at issue are of this type.

These proceedings should be carefully described. Raymond Slattery fell into arrears paying income taxes. Revenue Canada conducted a lengthy investigation into his affairs. They petitioned Mr. Slattery into bankruptcy. In bankruptcy proceedings Revenue Canada proved a claim against Mr. Slattery of over \$1,000,000. At a subsequent trial to determine title between the appellant and the bankrupt's estate, the trustee in bankruptcy sought to introduce testimony from two Revenue Canada officials who had participated in the earlier investigation of Mr. Slattery's affairs. This testimony was admitted on the ground that the

Canada avait le droit d'offrir de communiquer, comme il l'a fait, des renseignements par ailleurs confidentiels afin de mettre à exécution la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

## VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les procédures engagées par le syndic sont des «poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution» de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au sens du par. 241(3). Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion quant à la portée de l'exception, prévue au par. 241(3), à l'interdiction de communiquer les renseignements obtenus par le ministre du Revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63.

Le paragraphe 241(3) prévoit que l'interdiction générale de communiquer de tels renseignements, énoncée aux par. 241(1) et (2), ne s'applique pas notamment «aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi . . .» La seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si les poursuites en cause tombent dans cette catégorie.

Il y a lieu de décrire soigneusement ces poursuites. Raymond Slattery était en retard dans le versement de montants d'impôt sur le revenu. Revenu Canada a donc mené une longue enquête sur ses affaires et a, par la suite, demandé la mise en faillite de M. Slattery. Pendant les procédures en matière de faillite, Revenu Canada a établi que M. Slattery lui devait plus d'un million de dollars. Lors d'un procès subséquent visant à déterminer si certains biens appartenaient à l'appelante ou faisaient partie de l'actif du failli, le syndic de faillite a demandé à faire témoigner deux fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'en-

trial was a proceeding relating to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. The ruling was upheld on appeal.

My colleague Iacobucci J. would uphold these decisions. Focusing in part on the fact that the trial would ultimately result in the collection of unpaid taxes, he finds that the trial was a proceeding “relating to” the administration or enforcement of the Act.

In my view, the s. 241(3) exemption applies only in the case of proceedings specifically provided for in the *Income Tax Act*. These proceedings are, for the most part, set out in Part XV of the Act which, as the title of the Part indicates, establishes “Administration and Enforcement” provisions. A trial to determine title between an individual and a trustee in bankruptcy is not a proceeding provided for in Part XV, or elsewhere in the Act. Accordingly, in my view, Revenue Canada officials should have been barred from disclosing information obtained in the course of their investigation of the bankrupt’s affairs.

#### The Scope of s. 241

Iacobucci J. has discussed the character of the provisions which govern the disclosure of information obtained for the purposes of the Act. He notes, at p. 444, that “[o]nly in those exceptional situations does the privacy interest [of citizens] give way to the interest of the state.” These words, as my colleague notes, reflect the balance which Parliament has established between the competing interests at play: the interest in ensuring voluntary disclosure to the Minister of Revenue, which is served by the general rule of confidentiality, and the state’s interest in the collection of tax debts.

But having noted the primacy of privacy concerns under the *Income Tax Act*, Iacobucci J. goes on to interpret the disclosure clause of s. 241 broadly. He finds that the connecting phrases used

quête précédente sur les affaires de M. Slattery. Leurs témoignages ont été admis pour le motif que le procès était une poursuite ayant trait à l’application ou à l’exécution de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cette décision a été confirmée en appel.

Mon collègue le juge Iacobucci est d’avis de confirmer ces décisions. Insistant en partie sur le fait que le procès aboutirait finalement à un recouvrement d’impôt, il conclut qu’il s’agissait d’une poursuite «ayant trait à» l’application ou à l’exécution de la Loi.

À mon avis, l’exception énoncée au par. 241(3) ne s’applique que dans le cas de poursuites expressément prévues dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Ces poursuites sont, pour la plupart, énoncées à la partie XV de la Loi qui, comme l’indique son titre, établit des dispositions en matière d’«application» et d’«exécution». Un procès visant à déterminer lequel d’un particulier ou d’un syndic de faillite est propriétaire de certains biens n’est pas une poursuite prévue à la partie XV ni ailleurs dans la Loi. J’estime donc qu’il aurait dû être interdit aux fonctionnaires de Revenu Canada de communiquer les renseignements obtenus au cours de leur enquête sur les affaires du failli.

#### La portée de l’art. 241

Le juge Iacobucci a analysé la nature des dispositions qui régissent la communication de renseignements obtenus aux fins de la Loi. Il fait remarquer, à la p. 444, que «[c]e n’est que dans ces situations exceptionnelles que l’intérêt [des citoyens] relatif à la vie privée doit céder le pas à l’intérêt de l’État.» Comme le souligne mon collègue, ces propos traduisent l’équilibre qu’a établi le Parlement entre les intérêts opposés qui sont en jeu: l’intérêt qu’il y a à assurer la communication volontaire de renseignements au ministre du Revenu, qui est servi par la règle générale de la confidentialité, et l’intérêt de l’État dans les recouvrements d’impôt.

Mais après avoir souligné la primauté des intérêts en matière de vie privée sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le juge Iacobucci donne une interprétation large à la disposition de

in s. 241(3) are “very broad”. Relying on *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, he interprets these connecting phrases to encompass proceedings which have any connection with the administration of the Act.

I do not share the view that *Nowegijick* informs the issue. That case does not concern s. 241 or any of its predecessor sections. Rather, *Nowegijick* discusses the phrase “in respect of” as it is employed in s. 87 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, in relation to taxation of personal property. Giving the phrase the “widest possible scope” in that context is not determinative of its application in s. 241(3). Instead, the context of s. 241(3), and jurisprudence of this Court treating the section, suggests that the phrase should be construed narrowly, not broadly. As Wilson J. noted in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 650:

... the taxpayer’s privacy interest is protected as much as possible since s. 241 of the Act protects the taxpayer from disclosure of his records or the information contained therein to other persons or agencies. [Emphasis added.]

See also *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561, at p. 562, *per* Laskin C.J.

The structure of s. 241 subsequent to its 1966 amendment (S.C. 1966-67, c. 47, s. 17 and S.C. 1966-67, c. 91, s. 22) bears out the interpretation given the section by Wilson J. Prior to 1966, the Minister of Revenue was barred from disclosing information obtained under the Act to persons “not legally entitled thereto . . .” This phrase did not constitute a serious hurdle to disclosure. As noted by Stephen J. Toope and Alison L. Young, in “The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law” (1982), 27 *McGill L.J.* 479, at p. 487, “the

l’art. 241 relative à la communication de renseignements. Il conclut que les expressions «*in respect of*» et «*relating to*» employées dans la version anglaise du par. 241(3) sont «très générales». S’appuyant sur l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Iacobucci interprète ces expressions de manière à englober les poursuites qui ont un rapport quelconque avec l’application de la Loi.

<sup>a</sup> Je ne partage pas l’avis selon lequel l’arrêt *Nowegijick* est pertinent en ce qui concerne la question en litige. Cette affaire ne concerne ni l’art. 241 ni l’un ou l’autre des articles qui l’ont précédé. L’arrêt *Nowegijick* traite plutôt de l’expression «quant à» («*in respect of*») employée à l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, relativement à l’imposition de biens personnels. Le fait que l’on donne à cette expression dans ce contexte la «portée la plus large possible» n’est pas déterminant en ce qui concerne l’application de l’expression analogue figurant au par. 241(3). Le contexte du par. 241(3) et la jurisprudence de notre Cour portant sur cette disposition donnent plutôt à entendre qu’il y a lieu de donner à l’expression utilisée une interprétation étroite et non large. Comme le dit le juge Wilson dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 650:

<sup>b</sup> ... le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu’il est possible de le faire puisque l’art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu’ils contiennent à d’autres personnes ou organismes. [Je souligne.]

Voir aussi l’arrêt *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561, à la p. 562, le juge en chef Laskin.

<sup>c</sup> La structure de l’art. 241, à la suite de la modification qui lui a été apportée en 1966 (S.C. 1966-67, ch. 47, art. 17 et S.C. 1966-67, ch. 91, art. 22), confirme l’interprétation qu’en a donnée le juge Wilson. Avant 1966, il était interdit au ministre du Revenu de communiquer aux personnes «qui n’y a[vaient] pas légalement droit . . .» un renseignement obtenu en vertu de la Loi. Cette expression ne faisait pas sérieusement obstacle à la communication. Comme le font remarquer Stephen J. Toope et Alison L. Young, dans «The Confidentiality of

[former] section created a *carte blanche* for the Minister to consider almost anyone to be 'legally entitled' to the information as long as they could show some vague need." After 1966, the prohibition was extended to "any person", unless a specific exemption had been provided. The exemptions are few, and are set out in ss. 241(3) and (4). Disclosure is permitted in specific criminal proceedings, in proceedings relating to the administration or enforcement of the Act, and, by virtue of s. 241(4), as might be required to facilitate specific government programs and the internal working of the Ministry of specific features of the Act. In s. 241(4)(c), disclosure to persons "otherwise legally entitled thereto" is again permitted, but the phrase is no longer the animating concern of the section. Rather, it must be understood as one element in a group of narrow and particular exemptions largely administrative in nature: see *Glover v. Glover (No. 1)* (1980), 29 O.R. (2d) 392, at p. 398.

The appellant submits that the proceedings at issue on this appeal are not proceedings relating to the administration of the Act in which the Minister can disclose information obtained for the purposes of the Act since they are not specifically provided for in Part XV of the Act. I agree with the substance of this submission. We are not here concerned with the capacity of the Ministry to undertake, or to involve itself in, proceedings which may bear some connection to the enforcement of the Act. The concern is whether these are the sort of proceedings which are so connected to the administration of the Act that they fall within the contemplation of the exemption in s. 241(3) and thereby allow the Ministry to disclose information which it has only by virtue of special investigative powers provided for in the Act (see ss. 231.1 to 231.5).

Tax Returns Under Canadian Law» (1982), 27 *R.D. McGill* 479, à la p. 487: [TRADUCTION] «l'[ancien] article donnait au Ministre carte blanche pour considérer à peu près n'importe qui comme ayant «légalement droit» aux renseignements, pourvu que la personne en question puisse démontrer l'existence de quelque vague besoin». Après 1966, l'interdiction a été étendue à «quiconque», sauf si une exception précise était prévue. Les exceptions peu nombreuses sont énoncées aux par. 241(3) et (4). La communication est autorisée dans le cadre de poursuites criminelles précises, dans le cadre de poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la Loi et, en vertu du par. 241(4), si cela pouvait être nécessaire pour faciliter la mise en œuvre de programmes gouvernementaux précis et l'application interne par le Ministère de certains aspects de la Loi. À l'alinéa 241(4)c), la communication à une personne «qui y a par ailleurs légalement droit» est de nouveau autorisée, mais l'expression ne constitue plus le cœur de l'article. Il faut plutôt la considérer comme formant un élément dans un ensemble d'exceptions strictes et particulières de nature surtout administrative: voir l'arrêt *Glover c. Glover (No. 1)* (1980), 29 O.R. (2d) 392, à la p. 398.

L'appelante fait valoir que, puisqu'elles ne sont pas expressément prévues à la partie XV de la Loi, les poursuites en cause dans la présente affaire ne sont pas des poursuites ayant trait à l'application de la Loi, dans le cadre desquelles le Ministre peut communiquer des renseignements obtenus aux fins de la Loi. Je suis d'accord, pour l'essentiel, avec cet argument. Il n'est pas question en l'espèce de la capacité du Ministère d'engager des poursuites qui peuvent avoir un lien quelconque avec l'exécution de la Loi, ni de sa capacité de participer à de telles poursuites. La question est plutôt de savoir s'il s'agit du genre de poursuites qui sont si liées à l'application de la Loi qu'elles relèvent de l'exception énoncée au par. 241(3), de sorte qu'il est loisible au Ministère de communiquer des renseignements qu'il ne possède qu'en raison de pouvoirs spéciaux d'enquête prévus dans la Loi (voir les art. 231.1 à 231.5).

Part XV of the Act provides the Minister of Revenue with a system of debt collection proceedings that mirrors ordinary creditors' remedies. Taxes owing may be recovered by registering the amount in court and enforcing it as a judgment (s. 223(3)), registering the amount as a charge on land (s. 223(5)), garnishing sums destined to the tax debtor from third parties (s. 224(1)), deducting the amount from or setting it off against other sums payable by the Crown to the tax debtor (s. 224.1), seizing and selling the debtor's chattels (s. 225(1)) and prosecuting the tax debtor for offences under the Act and obtaining compliance orders (ss. 238 and 239). But Part XV does not deal with bankruptcy, except to the extent of providing the Minister the power to collect money owed to a secured creditor by a trustee in bankruptcy, notwithstanding the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3: see *Income Tax Act*, s. 224 (1.2) (added by S.C. 1987, c. 46, s. 66).

In the context of Part XV this legislative silence is significant. Bankruptcy is a particular process with specific and salutary aims. Above all, however, bankruptcy is a process that involves all of the creditors of a particular debtor. Concern for the confidentiality of information that is not public is very much at issue.

My colleague is of the view that the bankruptcy process is available to the Minister by virtue of s. 222 of the Act, which provides that the Minister may resort to a court of competent jurisdiction to collect tax debts. I concur in this interpretation of the plain wording of s. 222, but I am not persuaded that the proceeding that is at issue here is an action under s. 222.

In the first place, the action is not brought by Her Majesty, as the section appears to contemplate. It is brought by a trustee in bankruptcy. Iacobucci J. is of the view that this does not take the proceedings out the s. 241(3) exemption. I dis-

La partie XV de la Loi offre au ministre du Revenu un régime de procédures de recouvrement de créances qui reflète les recours que peuvent exercer les créanciers ordinaires. Il est possible de recouvrer les impôts impayés en enregistrant à la cour la somme en question et en mettant à exécution cet enregistrement à la manière d'un jugement (par. 223(3)), en enregistrant la somme à titre de charge grevant un bien-fonds (par. 223(5)), en procédant à la saisie-arrêt de sommes à payer au débiteur fiscal par un tiers (par. 224(1)), en déduisant la somme en question de toute somme à verser par Sa Majesté au débiteur fiscal, ou en effectuant la compensation des deux (art. 224.1), en saisissant et en vendant les biens mobiliers du débiteur (par. 225(1)), et en poursuivant le débiteur fiscal pour des infractions à la Loi et en obtenant des ordonnances d'exécution (art. 238 et 239). La partie XV ne traite toutefois pas de la faillite, sauf dans la mesure où elle investit le Ministre du pouvoir de percevoir les sommes dues par un syndic de faillite à un créancier garanti, nonobstant la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3: voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, par. 224(1.2) (ajouté par L.C. 1987, ch. 46, art. 66).

Dans le contexte de la partie XV, le silence du législateur à ce sujet est révélateur. La faillite est un processus particulier qui vise des objectifs précis et salutaires. Par-dessus tout, cependant, la faillite est un processus auquel participent tous les créanciers d'un débiteur donné. La protection de la confidentialité de renseignements qui ne sont pas publics est fortement en cause.

Mon collègue estime que le Ministre peut recourir au processus de faillite en vertu de l'art. 222 de la Loi, qui l'autorise à s'adresser à un tribunal compétent pour effectuer des recouvrements d'impôt. Je souscris à cette interprétation du texte clair de l'art. 222, mais je ne suis pas convaincue que la poursuite ici en cause est une action au sens de cet article.

Tout d'abord, l'action n'est pas intentée par Sa Majesté, comme semble l'envisager l'art. 222. Elle est intentée par un syndic de faillite. Le juge Iacobucci est d'avis que cela ne soustrait pas la poursuite à l'application de l'exception prévue au par.

agree. Under s. 69 of the *Bankruptcy Act*, all collection proceedings are stayed once the debtor is declared bankrupt. Until that point the Minister arguably may prove its debt by disclosure of information obtained for the purposes of the Act. But once a debtor is declared bankrupt, and a trustee in bankruptcy has been put in place to pursue the bankruptcy, the proceeding is no longer capable of being accurately characterized as a proceeding relating to the administration of the Act. The stay operates until the trustee in bankruptcy is discharged. The trustee has a statutory duty to take possession of the bankrupt's property. It has a statutory power to institute legal proceedings. Persons in possession of a bankrupt's property have a statutory duty to deliver it to the trustee. (See *Bankruptcy Act*, ss. 16(3), (4), 19(1), (2), and 17(1).) The trustee is a fiduciary of the estate of the bankrupt and institutes an action to the benefit of the state as a whole. The trustee does not act a mere agent of the creditors, or as an agent of particular creditors. In such a legal context, I do not think that it can be said that the fact that the practical effect of the proceedings will permit the Minister to realize on an outstanding debt suffices to make the proceeding one that relates to the administration of the Act.

The fact that Part XV of the Act makes no specific provision for disclosure in the context of bankruptcy suggests that when the Minister has recourse to this procedure, its actions are governed by the *Bankruptcy Act* and no longer by the *Income Tax Act*. In so proceeding the Minister loses the capacity to deploy the special information gathering techniques, which accrue only by virtue of the *Income Tax Act*, either to its own advantage, or to those of its fellow creditors. The broad powers to compel appearance and disclosure which are exercisable by the trustee in bankruptcy under the *Bankruptcy Act* (see ss. 163 through 167) should be interpreted in light of this fact. Information available from public sources is not unavailable in such proceedings simply because it has passed through the hands of Revenue Canada. But information that issues from the Minister, by vir-

241(3). Je ne suis pas d'accord. Aux termes de l'art. 69 de la *Loi sur la faillite*, toutes les procédures de recouvrement sont suspendues dès que le débiteur est déclaré en faillite. On pourrait soutenir que, jusqu'à ce moment, le Ministre peut établir sa créance par la communication de renseignements obtenus aux fins de la Loi. Toutefois, dès qu'un débiteur est déclaré en faillite et qu'un syndic de faillite est nommé pour s'occuper de la faillite, il n'est plus exact de parler de poursuite ayant trait à l'application de la Loi. La suspension est maintenue jusqu'à ce que le syndic de faillite soit libéré. La Loi impose au syndic l'obligation de prendre possession des biens du failli et lui confère le pouvoir d'engager des poursuites judiciaires. Quiconque se trouve en possession de biens d'un failli est légalement tenu de les remettre au syndic. (Voir la *Loi sur la faillite*, par. 16(3), (4), 19(1), (2) et 17(1).) Le syndic a qualité de fiduciaire en ce qui concerne l'actif du failli et il intente une action au profit de l'ensemble de l'État. Le syndic ne fait pas fonction de simple mandataire de tous les créanciers ou de certains créanciers. Dans un tel contexte juridique, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que la poursuite en est une qui a trait à l'application de la Loi du seul fait que, sur le plan pratique, elle permet au Ministre de recouvrer une créance.

Comme la partie XV de la Loi ne prévoit pas expressément la communication de renseignements dans le contexte d'une faillite, on est porté à croire que, si le Ministre recourt à la procédure de faillite, ses actes sont régis par la *Loi sur la faillite* et non plus par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre perd alors la capacité de se servir, soit à son propre profit, soit à celui des autres créanciers, des méthodes spéciales de collecte de renseignements qui ne peuvent être utilisées qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. C'est en fonction de ce fait qu'il y a lieu d'interpréter les pouvoirs généraux que le syndic de faillite peut exercer, en vertu de la *Loi sur la faillite* (voir les art. 163 à 167), pour contraindre à comparaître et à communiquer des renseignements. Les renseignements provenant de sources publiques ne sont pas impossibles à obtenir dans ces poursuites simplement parce qu'ils sont passés entre les mains de Revenu



tue of any special investigative powers, must remain confidential.

### Section 241(4)(c)

The respondent also argues that the Minister was permitted to disclose confidential information in the case at bar since a superior court judge is a person, as provided in s. 241(4)(c), "legally entitled" to the information. In my view the decisions of this Court and of the Ontario Court of Appeal in *Glover, supra*, dispense with this argument. The issue in those cases was whether the judge in child custody proceedings was a "person . . . legally entitled" to the information. The Ontario Court of Appeal, in a decision that was affirmed in this Court, held (at p. 397) that the s. 241(4) exemptions were administrative in nature, and that if a court could at any time by its own order entitle itself to receive otherwise confidential taxpayer information "it would emasculate the effect of s. 241(2) and render s. 241(3) unnecessary". The point of these judgments is that a party should not be able to avail itself of the s. 241(4)(c) exemption if it cannot bring the proceeding within the terms of s. 241(3). I have found above that this respondent cannot.

### Disposition

The Court of Appeal found that the trial judge's findings in declaring some of the property of the appellant to be the property of the bankrupt's estate depended largely upon the testimony and evidence of the Revenue Canada officials. This information was gathered in the course of an investigation undertaken according to special investigative powers available to Revenue Canada under the Act. Section 241 forbade its disclosure in the bankruptcy proceedings. I would allow the appeal and set aside the judgments below. I would grant costs to the appellant.

Canada. Cependant, les renseignements qu'obtient le Ministre, grâce à des pouvoirs d'enquête spéciaux, doivent rester confidentiels.

### <sup>a</sup> L'alinéa 241(4)c)

L'intimée fait aussi valoir que le Ministre était autorisé à communiquer des renseignements confidentiels en l'espèce puisqu'un juge de cour supérieure est, comme le prévoit l'al. 241(4)c), une personne qui a «légalement droit» à ces renseignements. À mon avis, les arrêts *Glover*, précités, de notre Cour et de la Cour d'appel de l'Ontario rendent superflu cet argument. Dans ces arrêts, la question en litige était de savoir si le juge siégeant dans une instance en matière de garde d'enfants est une «personne qui [. . .] a [. . .] légalement droit» aux renseignements. La Cour d'appel de l'Ontario, dans un arrêt confirmé par notre Cour, a statué (à la p. 397) que les exceptions prévues au par. 241(4) étaient de nature administrative, et que si un tribunal pouvait, à n'importe quel moment, s'autoriser à recevoir des renseignements par ailleurs confidentiels sur un contribuable, [TRANSDUCTION] «cela atténuerait l'effet du par. 241(2) et rendrait inutile le par. 241(3)». Ces arrêts établissent qu'une partie ne devrait pas être en mesure de se prévaloir de l'exception prévue à l'al. 241(4)c), si elle ne peut pas établir qu'il s'agit d'une poursuite au sens du par. 241(3). J'ai conclu plus haut que l'intimée en l'espèce ne peut le faire.

### <sup>b</sup> Dispositif

La Cour d'appel a statué que les conclusions que le juge de première instance a tirées en affirmant que certains biens de l'appelante faisaient partie de l'actif du failli, reposaient dans une large mesure sur les témoignages et la preuve des fonctionnaires de Revenu Canada. Ces renseignements ont été recueillis au cours d'une enquête entreprise dans l'exercice de pouvoirs spéciaux d'enquête spéciaux que la Loi confère à Revenu Canada. L'article 241 en interdisait la communication pendant les procédures en matière de faillite. J'accueillerais donc le pourvoi et j'annulerais les décisions des juridictions inférieures. J'accorderais les dépens à l'appelante.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.*

*Solicitors for the respondent: Palmer, O'Connell, Leger, Roderick & Glennie, Saint John.*

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimée: Palmer, O'Connell, Leger, Roderick & Glennie, Saint John.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Henry Morgentaler** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for New Brunswick, REAL Women of Canada and the Canadian Abortion Rights Action League** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 22578.

1993: February 4; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Distribution of powers — Abortion — Provincial legislation prohibiting abortions outside hospitals — Whether legislation ultra vires province as being in pith and substance criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.*

In March 1989, in order to prevent the establishment of free-standing abortion clinics in Halifax, the Nova Scotia government approved regulations prohibiting the performance of an abortion anywhere other than in a place approved as a hospital as well as a regulation denying medical services insurance coverage for abortions performed outside a hospital (the "March regulations"). The government later revoked these regulations and adopted the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation*, which continued the prohibition of the performance of abortions outside hospitals and the denial of health insurance coverage for abortions performed in violation of the prohibition. Despite these actions, the respondent opened his clinic and performed 14 abortions. He was charged with 14

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Henry Morgentaler** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Nouveau-Brunswick, REAL Women of Canada et l'Association canadienne pour le droit à l'avortement** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORGENTALER

N° du greffe: 22578.

<sup>d</sup> 1993: 4 février; 1993: 30 septembre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Avortement — Textes législatifs provinciaux interdisant les avortements en dehors des hôpitaux — Les textes législatifs échappent-ils à la compétence de la province parce que ressortissant, de par leur caractère véritable, au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.*

En mars 1989, afin d'empêcher l'établissement de cliniques d'avortement autonomes à Halifax, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a approuvé des règlements qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital approuvé ainsi qu'un règlement excluant l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués ailleurs que dans les hôpitaux (les «règlements de mars»). Le gouvernement a, par la suite, abrogé ces règlements et adopté la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation*, qui ont reconduit l'interdiction de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpital et l'exclusion de l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués en contravention de l'interdiction. Malgré ces actions, l'intimé a ouvert sa clinique et pratiqué 14 avortements. Il a été inculpé, sous 14 chefs, d'infrac-

counts of violating the *Medical Services Act*. The trial judge held that the legislation was *ultra vires* the province because it was in pith and substance criminal law and acquitted the respondent. This decision was upheld by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Classification of a law for purposes of federalism involves first identifying the “matter” of the law and then assigning it to one of the “classes of subjects” in respect of which the federal and provincial governments have legislative authority under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. A law’s “matter” is its true character, or pith and substance. The analysis of pith and substance necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect. The court will also look beyond the four corners of the legislation to inquire into its background, context and purpose and, in appropriate cases, will consider evidence of the actual or predicted practical effect of the legislation in operation. The ultimate long-term, practical effect of the legislation is not always relevant, nor will proof of it always be necessary in establishing the true character of the legislation. The court is entitled to refer to extrinsic evidence of various kinds provided it is relevant and not inherently unreliable. This clearly includes related legislation, and evidence of the “mischief” at which the legislation is directed. It also includes legislative history, in the sense of the events that occurred during drafting and enactment. Provided that the court remains mindful of the limited reliability and weight of Hansard evidence, it should be admitted as relevant to both the background and the purpose of legislation. The excerpts from Hansard were thus properly admitted by the trial judge in this case. This evidence demonstrates that members of all parties in the legislature understood the central feature of the proposed law to be prohibition of the respondent’s proposed clinic on the basis of a common and almost unanimous opposition to abortion clinics *per se*.

The *Medical Services Act* and *Medical Services Designation Regulation* together constitute an indivisible attempt by the province to legislate in the area of criminal law. Since they deal with a subject historically considered to be part of the criminal law — the prohibition of the performance of abortions with penal consequences — they are suspect on their face, and it is not necessary to invoke the colourability doctrine. An examination of their terms and legal effect, their history and purpose and the circumstances surrounding their

tions à la *Medical Services Act*. Le juge du procès a conclu que les textes échappaient à la compétence législative de la province parce qu’ils ressortissaient, de par leur caractère véritable, au droit criminel et il a acquitté l’intimé. La Cour d’appel a confirmé cette décision.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La qualification des lois dans le cadre du fédéralisme suppose premièrement l’identification de la «matière» visée par la loi, puis son rangement dans l’une des «catégories de sujets» relativement auxquels les gouvernements fédéral et provinciaux exercent leur autorité législative sous le régime des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La «matière» d’une loi est son caractère véritable. L’analyse du caractère véritable commence nécessairement par l’examen du texte même, en vue d’en déterminer l’effet juridique. La cour tiendra également compte de la teneur même du texte ainsi que de son contexte et de son objet et, dans les cas qui s’y prêtent, elle prendra en considération l’effet pratique, réel ou prévu, de l’application du texte législatif. Les conséquences pratiques à long terme du texte ne sont pas toujours pertinentes, et il ne sera pas toujours nécessaire d’établir la preuve de ces conséquences pour déterminer le caractère véritable du texte législatif. La cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi. Ils incluent de toute évidence les textes connexes et la preuve du «mal» que le texte vise à corriger. Ils comprennent aussi l’historique du texte, c’est-à-dire les circonstances de sa rédaction et de son adoption. À la condition que le tribunal n’oublie pas que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités, il devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l’objet du texte législatif. C’est donc à bon droit que le juge du procès a admis les extraits du Hansard en l’espèce. Cette preuve montre que les députés de tous les partis à l’assemblée comprenaient que l’idée maîtresse de la loi proposée était l’interdiction de la clinique de l’intimé parce que l’opposition à toute clinique d’avortement quelle qu’elle soit était générale, voire quasi unanime.

Pris ensemble, la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* représentent une tentative indivisible de la part de la province de légiférer dans le domaine du droit criminel. Comme ils portent sur un sujet qui a, par le passé, été tenu pour une question touchant le droit criminel — l’interdiction de l’avortement assortie de conséquences pénales — ils sont suspects à première vue, et il n’est pas nécessaire d’invoquer la théorie du détournement de pouvoir. L’examen de leurs termes et de leur effet juridique, de

enactment leads to the conclusion that the legislation's central purpose and dominant characteristic is the restriction of abortion as a socially undesirable practice which should be suppressed or punished. Although the evidence of the legislation's practical effect is equivocal, it is not necessary to establish that its immediate or future practical impact will actually be to restrict access to abortions in order to sustain this conclusion. The legislation has an effect on abortions in private clinics virtually indistinguishable from that of the now defunct abortion provision of the *Criminal Code*, and this overlap of legal effects is capable of supporting an inference that the legislation was designed to serve a criminal law purpose. The events leading up to and including the enactment of the impugned legislation also strengthen the inference that it was designed to serve a criminal law purpose. In addition, the Hansard evidence demonstrates both that the prohibition of the respondent's clinic was the central concern of the legislature, and that there was a common and emphatically expressed opposition to free-standing abortion clinics *per se*. The concerns to which the provincial government submits the legislation is primarily directed — privatization, cost and quality of health care, and a policy of preventing a two-tier system of access to medical services — were conspicuously absent throughout most of the legislative proceedings. The impugned legislation treats of a moral issue. While legislation which authorizes the establishment and enforcement of a local standard of morality does not *ipso facto* invade the field of criminal law, interdiction of conduct in the interest of public morals was and remains one of the classic ends of the criminal law. There is thus a strong inference that the purpose and true nature of the legislation relate to a matter within the federal head of power in respect of criminal law. This inference is supported by the absence of evidence that privatization and the cost and quality of health care services were anything more than incidental concerns and by the relatively severe penalties provided for in the Act.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (T.D.), aff'd (1990) 96 N.S.R. (2d) 284 (A.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. v; *Nova Scotia (Attorney Gen-*

leur historique, de leur objet et des circonstances de l'adoption de la loi et de la prise du règlement, amène à conclure que l'objet central et la caractéristique dominante des textes législatifs sont la limitation de l'avortement en tant qu'acte socialement indésirable qu'il convient de supprimer ou de punir. Certes, la preuve de l'effet pratique des textes législatifs est équivoque, mais il n'est pas nécessaire, pour étayer cette conclusion, d'établir que son impact pratique, immédiat ou futur, sera réellement de limiter les avortements. Les textes législatifs ont sur les avortements pratiqués dans les cliniques privées un effet presque identique à celui de la disposition du *Code criminel* relative à l'avortement maintenant annulée, et ce chevauchement de l'effet juridique permet d'inférer que les textes étaient conçus pour atteindre un objectif touchant le droit criminel. L'adoption des textes législatifs contestés ainsi que les faits qui les ont précédés corroborent la conclusion qu'ils visaient un objectif touchant le droit criminel. En outre, la preuve du Hansard montre, d'une part, que l'interdiction de la clinique de l'intimé était la préoccupation centrale de l'assemblée et, d'autre part, que les cliniques d'avortement autonomes en tant que telles ont fait l'objet d'une opposition commune et catégorique. Les préoccupations auxquelles ces textes législatifs se rapportaient principalement, d'après le gouvernement provincial, — privatisation, coût et qualité des soins, opposition à l'instauration d'un système de santé à deux niveaux — ont visiblement été absentes durant la presque totalité des débats. Les textes contestés portent sur une question morale. Bien qu'une loi qui permet d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité ne soit pas nécessairement un empiétement dans le domaine du droit criminel, l'interdiction d'un acte dans l'intérêt de la morale publique était et reste l'une des fins classiques du droit criminel. Il y a donc de fortes raisons d'inférer que l'objet et la nature véritable des textes concernent une matière relevant de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette inférence est étayée par l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité des services de santé étaient davantage que des préoccupations accessoires et par la sévérité relative des peines prévues par la Loi.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par (1990) 96 N.S.R. (2d) 284 (S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S.

- eral v. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (N.S.S.C.T.D.), aff'd (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (N.S.S.C.A.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act v. Nova Scotia (Attorney General) c. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (C.S.N.-É.S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Attorney General of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Attorney-General for Saskatchewan c. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Walter c. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *R. c. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), conf.

(1985), 44 Sask. R. 104; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 287.  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.  
*Health Act*, R.S.N.S. 1989, c. 195.  
*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197.  
*Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, c. 208.  
*Lord Ellenborough's Act* (U.K.), 43 Geo. 3, c. 58.  
*Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, ss. 2 to 8.  
*Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89.  
 N.S. Reg. 32/89.  
 N.S. Reg. 33/89.  
 N.S. Reg. 34/89.  
 N.S. Regs. 149-151/89.

### Authors Cited

Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
 Laskin, Bora. "Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?" (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.  
 Lederman, W. R. "The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada" (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.  
 McConnell, Moira L. "«Even by Commonsense Morality»: Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 765.  
 McConnell, Moira L., and Lorene Clark. "Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern" (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

par [1984] 1 R.C.S. 266; *Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

### b Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 251.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 287.  
*Health Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 195.  
*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197.  
*Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 208.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18.  
*Lord Ellenborough's Act* (R.-U.), 43 Geo. 3, ch. 58.  
*Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, art. 2 à 8.  
*Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89.  
 N.S. Reg. 32/89.  
 N.S. Reg. 33/89.  
 N.S. Reg. 34/89.  
 N.S. Regs. 149-151/89.

### f

### Doctrine citée

Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
 Laskin, Bora. «Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.  
 Lederman, W. R. «The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada» (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.  
 McConnell, Moira L. ««Even by Commonsense Morality»: Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada» (1989), 68 *R. du B. can.* 765.  
 McConnell, Moira L., and Lorene Clark. «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

Pepin, René. "Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique" (1988), 19 *R.G.D.* 865.

Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University Press, 1959.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 104 N.S.R. (2d) 361, 283 A.P.R. 361, 66 C.C.C. (3d) 288, 7 C.R. (4th) 1, 83 D.L.R. (4th) 8, affirming a judgment of the Provincial Court (1990), 99 N.S.R. (2d) 293, 270 A.P.R. 293, acquitting the respondent of violating the *Medical Services Act* on the ground that the legislation was *ultra vires* the province. Appeal dismissed.

*Marian F. H. Tyson and Louise Walsh Poirier*, for the appellant.

*Anne S. Derrick and Jacqueline Mullenger*, for the respondent.

*Edward R. Sojonky, Q.C.*, and *Yvonne E. Milosevic*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Angela M. Costigan and Lynn Kirwin*, for the intervener REAL Women of Canada.

*Mary Eberts and Ian Godfrey*, for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

### Introduction

The question in this appeal is whether the Nova Scotia *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, and the regulation made under the Act, N.S. Reg. 152/89, are *ultra vires* the province of Nova Scotia on the ground that they are in pith and substance criminal law. The Act and regulation make

Pepin, René. «Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique» (1988), 19 *R.G.D.* 865.

Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University Press, 1959.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 104 N.S.R. (2d) 361, 283 A.P.R. 361, 66 C.C.C. (3d) 288, 7 C.R. (4th) 1, 83 D.L.R. (4th) 8, qui a confirmé un jugement de la Cour provinciale (1990), 99 N.S.R. (2d) 293, 270 A.P.R. 293, qui avait acquitté l'intimé d'avoir contrevenu à la *Medical Services Act* pour le motif que la loi échappait à la compétence législative de la province. Pourvoi rejeté.

*Marian F. H. Tyson et Louise Walsh Poirier*, pour l'appelante.

*Anne S. Derrick et Jacqueline Mullenger*, pour l'intimé.

*Edward R. Sojonky, c.r.*, et *Yvonne E. Milosevic*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Angela M. Costigan et Lynn Kirwin*, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

*Mary Eberts et Ian Godfrey*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

### Introduction

Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si la *Medical Services Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 281, et son règlement d'application, N.S. Reg. 152/89, excèdent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Écosse parce qu'ils ressortissent, de par leur caractère véritable, au droit



it an offence to perform an abortion outside a hospital.

Between October 26 and November 2, 1989, the respondent performed 14 abortions at his clinic in Halifax. He was charged with 14 counts of violating the *Medical Services Act*. He was acquitted at trial after the trial judge held that the legislation under which he was charged was beyond the province's legislative authority to enact because it was in pith and substance criminal law. This decision was upheld by the Nova Scotia Court of Appeal. The Crown appeals from the Court of Appeal's decision with leave of this Court.

#### Facts and Legislation

In January 1988, this Court ruled that the *Criminal Code* provisions relating to abortion were unconstitutional because they violated women's *Charter* guarantee of security of the person: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Morgentaler (1988)*). At the same time the Court reaffirmed its earlier decision that the provisions were a valid exercise of the federal criminal law power: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 (*Morgentaler (1975)*). The 1988 decision meant that abortion was no longer regulated by the criminal law. It was no longer an offence to obtain or perform an abortion in a clinic such as those run by the respondent. A year later, in January 1989, it was rumoured in Nova Scotia that the respondent intended to establish a free-standing abortion clinic in Halifax. Subsequently, the respondent publicly confirmed his intention to do so.

On March 16, 1989, the Nova Scotia government took action to prevent Dr. Morgentaler from realizing his intention. The Governor in Council approved two identical regulations, one under the *Health Act*, R.S.N.S. 1989, c. 195 (N.S. Reg. 33/89), and one under the *Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, c. 208 (N.S. Reg. 34/89), which prohibited the performance of an abortion anywhere other than in a place approved as a hospital under the

criminel. Selon la Loi et le règlement, le fait de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital constitue une infraction.

Entre le 26 octobre et le 2 novembre 1989, l'intimé a pratiqué 14 avortements à sa clinique de Halifax. Il a été inculpé, sous 14 chefs, d'infractions à la *Medical Services Act*. Il a été acquitté, le juge du procès concluant que la loi en vertu de laquelle les accusations avaient été portées échappait à la compétence législative de la province parce qu'elle ressortissait, de par son caractère véritable, au droit criminel. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé cette décision. Le ministère public en appelle de cet arrêt avec l'autorisation de notre Cour.

#### Les faits et les textes législatifs

En janvier 1988, notre Cour a décidé que les dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement étaient inconstitutionnelles parce qu'elles portaient atteinte au droit des femmes à la sécurité de leur personne garanti par la *Charte*: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (*Morgentaler (1988)*). En même temps, la Cour a confirmé sa décision antérieure selon laquelle les dispositions constituaient un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (*Morgentaler (1975)*). L'arrêt de 1988 signifiait que l'avortement n'était plus régi par le droit criminel. Ne constituait plus une infraction le fait d'obtenir ou de pratiquer un avortement dans une clinique comme celles de l'intimé. Un an plus tard, en janvier 1989, la rumeur voulait, en Nouvelle-Écosse, que l'intimé ait l'intention d'établir une clinique d'avortement autonome à Halifax. Par la suite, l'intimé a confirmé publiquement son intention.

Le 16 mars 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a pris des mesures pour empêcher le Dr Morgentaler de réaliser son intention. Le gouverneur en conseil a approuvé deux règlements identiques, l'un en application de la *Health Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 195 (N.S. Reg. 33/89), l'autre sous le régime de la *Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 208 (N.S. Reg. 34/89), qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital

*Hospitals Act*. At the same time it made a regulation (N.S. Reg. 32/89) pursuant to the *Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197, denying medical services insurance coverage for abortions performed outside a hospital. These regulations are referred to collectively as the "March regulations".

On May 8, 1989, one of the interveners in the present case, the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL), launched a court challenge to the constitutionality of the March regulations. The matter was set for hearing on June 22, 1989. The case was adjourned and ultimately dismissed for lack of standing, primarily because the same issues would be determined in the present case: *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1990), 96 N.S.R. (2d) 284 (A.D.), aff'g (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (T.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. v.

CARAL's court challenge to the March regulations was still outstanding on June 6, 1989, when the Minister of Health and Fitness introduced the *Medical Services Act* for first reading. The Act progressed rapidly through the legislature. It received third reading and Royal Assent on June 15, the last day of the legislative session. The relevant portions of the Act are as follows:

2 The purpose of this Act is to prohibit the privatization of the provision of certain medical services in order to maintain a single high-quality health-care delivery system for all Nova Scotians.

3 In this Act,

(a) "designated medical service" means a medical service designated pursuant to the regulations;

4 No person shall perform or assist in the performance of a designated medical service other than in a hospital approved as a hospital pursuant to the *Hospitals Act*.

approuvé au sens de la *Hospitals Act*. En même temps, il a pris un règlement (N.S. Reg. 32/89) en application de la *Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197, excluant l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués ailleurs que dans les hôpitaux. Ces règlements sont appelés collectivement les «règlements de mars».

Le 8 mai 1989, l'un des intervenants en l'espèce, l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA) a attaqué devant les tribunaux la constitutionnalité des règlements de mars. L'affaire a été mise au rôle du 22 juin 1989. L'action a été ajournée, une fin de non-recevoir ayant par la suite été opposée à la demanderesse parce qu'elle n'avait pas la qualité pour agir, surtout parce que les mêmes questions seraient tranchées dans le présent pourvoi: *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1990), 96 N.S.R. (2d) 284 (S.A.), conf. (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (1<sup>re</sup> inst.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. v.

La contestation judiciaire des règlements de mars par l'ACDA était encore en instance le 6 juin 1989 quand le ministre de la Santé et de la Condition physique a présenté le projet de la *Medical Services Act* en première lecture. Le projet de loi a franchi rapidement toutes les étapes. Il a reçu la troisième lecture et la sanction royale le 15 juin, dernier jour de la session. Voici les parties pertinentes de la Loi:

[TRADUCTION] 2 La présente loi a pour objet d'interdire la privatisation de certains services médicaux afin que soit maintenu un seul système de santé de qualité supérieure pour tous les habitants de la Nouvelle-Écosse.

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

a) «service médical désigné» Service médical désigné conformément au règlement;

4 Nul ne doit fournir un service médical désigné ailleurs que dans un hôpital approuvé en conformité avec la *Hospitals Act* ni aider à la fourniture d'un tel service.

5 Notwithstanding the *Health Services and Insurance Act*, a person who performs or for whom is performed a medical service contrary to this Act is not entitled to reimbursement pursuant to that Act.

6 (1) Every person who contravenes this Act is guilty of an offence and liable upon summary conviction to a fine of not less than ten thousand dollars nor more than fifty thousand dollars.

7 Notwithstanding any other provision of this Act, where designated medical services are being performed contrary to this Act, the Minister may, at any time, apply to a judge of the Supreme Court for an injunction, and the judge may make any order that in the opinion of the judge the case requires.

8 (1) The Governor in Council, on the recommendation of the Minister, may make regulations

(a) after consultation by the Minister with the Medical Society of Nova Scotia, designating a medical service for the purpose of this Act;

The Medical Society was consulted after the passage of the Act, and a list of medical services was finalized. On July 20, 1989, the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, was made, designating the following medical services for the purposes of the Act:

- (a) Arthroscopy
- (b) Colonoscopy (which, for greater certainty, does not include flexible sigmoidoscopy)
- (c) Upper Gastro-Intestinal Endoscopy
- (d) Abortion, including a therapeutic abortion, but not including emergency services related to a spontaneous abortion or related to complications arising from a previously performed abortion
- (e) Lithotripsy
- (f) Liposuction
- (g) Nuclear Medicine
- (h) Installation or Removal of Intraocular Lenses
- (i) Electromyography, including Nerve Conduction Studies

5 Par dérogation à la *Health Services and Insurance Act*, les personnes qui fournissent des services médicaux en contravention de la présente loi, et celles à qui ils sont fournis, n'ont pas droit au remboursement prévu dans cette loi.

6 (1) Quiconque contrevient à la présente loi est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende d'au moins dix mille dollars et d'au plus cinquante mille dollars.

7 Malgré les autres dispositions de la présente loi, si des services médicaux désignés sont fournis en contravention de la présente loi, le ministre peut, à tout moment, demander à un juge de la Cour suprême de décerner une injonction et le juge peut rendre toute autre ordonnance qu'il estime nécessaire en l'espèce.

8 (1) Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre, peut prendre un règlement

a) après que le ministre a consulté l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse, désignant des services médicaux pour l'application de la présente loi;

L'ordre des médecins a été consulté après l'adoption de la Loi et une liste définitive de services médicaux a été dressée. Le 20 juillet 1989, le *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, a été pris, désignant les services médicaux qui suivent, pour l'application de la Loi:

[TRADUCTION]

- a) arthroscopie
- b) coloscopie (il est entendu que cet examen n'est pas fait au moyen du sigmoidoscope flexible)
- c) endoscopie de l'appareil gastro-intestinal supérieur
- d) avortement, y compris l'avortement thérapeutique, mais à l'exclusion des services d'urgence reliés à l'avortement spontané ou à des complications découlant d'un avortement pratiqué antérieurement
- e) lithotripié
- f) liposuccion
- g) médecine nucléaire
- h) installation ou enlèvement de lentilles intraoculaires
- i) électromyographie, y compris l'examen de la conduction nerveuse

The March regulations were revoked on the same day by N.S. Regs. 149-151/89. Item (d) of the new regulation continued the March regulations' prohibition of the performance of abortions outside hospitals. Section 5 of the Act continued the denial of health insurance coverage for abortions performed in violation of the prohibition.

Despite these actions, Dr. Morgentaler opened his clinic in Halifax as predicted. At first the clinic only provided counselling and referrals to Dr. Morgentaler's Montreal clinic. On October 26, 1989, however, Dr. Morgentaler defied the Nova Scotia legislation by performing seven abortions. He announced that he had done so at a press conference later that day. Several days later he performed seven more abortions. He was charged with 14 counts of unlawfully performing a designated medical service, to wit, an abortion, other than in a hospital approved as such under the *Hospitals Act*, contrary to s. 6 of the *Medical Services Act*. Dr. Morgentaler publicly announced his resolve to continue his activities in contravention of the Act, and on November 6, 1989 the government of Nova Scotia obtained an interim injunction under s. 7 of the Act to restrain him from further violations of the Act pending the resolution of the charges and the constitutional challenge in court: *Nova Scotia (Attorney General) v. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (N.S.S.C.T.D.), aff'd (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (N.S.S.C.A.D.), leave to appeal refused [1990] 2 S.C.R. ix.

When the case proceeded to trial in June 1990, Dr. Morgentaler did not dispute that he had performed the abortions as alleged. He argued, instead, that the Act and the regulation were inconsistent with the Constitution of Canada and consequently of no force or effect, on the grounds that they violate women's *Charter* rights to security of the person and equality and that they are an unlawful encroachment on the federal Parliament's exclusive criminal law jurisdiction. He also argued that the regulation was an abuse of discretion by

Les règlements de mars ont été abrogés le même jour par le règlement N.S. Reg. 149-151/89. L'alinéa d) du nouveau règlement a reconduit l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital. L'article 5 de la Loi a reconduit l'exclusion de l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués en contravention de l'interdiction.

Malgré ces actions, le Dr Morgentaler a ouvert sa clinique à Halifax comme prévu. Au début, la clinique n'a offert que des consultations et a renvoyé les patientes à la clinique montréalaise du Dr Morgentaler. Toutefois, le 26 octobre 1989, le Dr Morgentaler a défié les textes législatifs néo-écossais en pratiquant sept avortements. Il l'a annoncé lors d'une conférence de presse plus tard le même jour. Plusieurs jours plus tard, il a pratiqué sept autres avortements. Il a été inculpé, sous 14 chefs, de fourniture illégale d'un service médical désigné, savoir des avortements, ailleurs que dans un hôpital approuvé sous le régime de la *Hospitals Act*, infraction prévue à l'art. 6 de la *Medical Services Act*. Le Dr Morgentaler a fait part publiquement de sa détermination à poursuivre ses activités en contravention de la Loi et, le 6 novembre 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a obtenu une injonction provisoire en vertu de l'art. 7 de la Loi lui interdisant de la violer de nouveau en attendant l'issue de l'instance concernant les inculpations et la contestation constitutionnelle: *Nova Scotia (Attorney General) c. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (C.S.N.-É.S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix.

Au procès en juin 1990, le Dr Morgentaler n'a pas nié avoir pratiqué les avortements allégués. Il a soutenu plutôt que la Loi et le règlement étaient incompatibles avec la Constitution du Canada et, par conséquent, inopérants parce qu'ils violaient les droits des femmes à la sécurité de leur personne et leurs droits à l'égalité, qui sont garantis par la *Charte*, et qu'ils constituaient un empiètement inconstitutionnel sur le champ de compétence exclusif du Parlement fédéral en matière criminelle. Il a également affirmé que le règlement était

the provincial cabinet and therefore in excess of its jurisdiction.

### Judgments Below

A. *Provincial Court of Nova Scotia* (1990), 99 N.S.R. (2d) 293

Kennedy Prov. Ct. J. decided to address the distribution of powers issue first and having done so, found it unnecessary to go any farther. He concluded that “the prohibition and regulation of abortion has been and remains criminal law in this country” and held, at p. 295:

It would seem, therefore, that if the prohibition or regulation of abortion is criminal law and if Parliament, as part of its proper exercise of its exclusive criminal law-making power, may determine what is not criminal as well as what is criminal, then by restricting the performance of therapeutic abortions to hospitals the Province of Nova Scotia has trespassed into an area of Federal Government competence.

He held that he could properly look beyond the four corners of the legislation to consider extrinsic evidence of the legislative history in determining the pith and substance of the legislation. He found that the Nova Scotia government had notice in January 1989 of Dr. Morgentaler’s intention to open an abortion clinic in Halifax. He reviewed the chronology of events that followed and held that it was reasonable to infer that the government believed that the *Medical Services Act* and regulation accomplished the same purpose as the March regulations. He observed that the provincial government had created a Royal Commission on Health Care Issues in 1987, with a mandate to recommend health care policy, and that the Act was passed before the Commission had rendered its report even though the Throne Speech of February 23, 1989 indicated that the government was awaiting the report. Kennedy Prov. Ct. J. also noted that the Medical Society was not consulted until after the Act was passed and that even then, according

un abus de pouvoir discrétionnaire de la part du conseil des ministres provincial et que celui-ci avait donc excédé sa compétence.

### <sup>a</sup> Les juridictions inférieures

A. *La Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse* (1990), 99 N.S.R. (2d) 293

<sup>b</sup> Le juge Kennedy a décidé d’étudier en premier la question de la répartition des pouvoirs et, cela fait, il a jugé inutile de pousser plus loin l’analyse. Il a conclu que [TRADUCTION] «l’interdiction et la réglementation de l’avortement ont toujours été et restent des questions de droit criminel dans notre pays» et il a déterminé, à la p. 295:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Il semble donc que, si l’interdiction ou la réglementation de l’avortement relèvent du droit criminel et si le Parlement, en exerçant valablement son pouvoir exclusif de légiférer sur le droit criminel, peut décider ce qui est criminel et ce qui ne l’est pas, alors la province de la Nouvelle-Écosse, en limitant les avortements thérapeutiques aux hôpitaux, a empiété sur un domaine de compétence fédérale.

<sup>d</sup> Il a décidé qu’il pouvait à juste titre aller au-delà de la teneur même des textes législatifs pour tenir compte de la preuve extrinsèque de leur origine législative en vue d’en déterminer le caractère véritable. Il a conclu que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse avait appris en janvier 1989 que le Dr Morgentaler avait l’intention d’ouvrir une clinique d’avortement à Halifax. Il a examiné la chronologie des faits postérieurs et conclu qu’il était raisonnable d’inférer que le gouvernement croyait que la *Medical Services Act* et le règlement lui permettraient d’atteindre le même objectif que les règlements de mars. Il a fait observer que le gouvernement provincial a désigné en 1987 une commission royale d’enquête chargée d’étudier les questions relatives aux soins de santé et de recommander une politique en la matière, et que la Loi a été votée avant que la commission ait présenté son rapport, même si le discours du Trône du 23 février 1989 indiquait que le gouvernement attendait la publication du rapport. Le juge Kennedy a fait remarquer en outre que l’ordre des médecins n’avait été consulté qu’après l’adoption de la Loi et que, même à ce moment-là, selon le président de

to the then president of the Society, the restriction of abortion was not negotiable.

Kennedy Prov. Ct. J. held evidence of statements and speeches made in the legislature during debates to be relevant and admissible. He found that the Health Minister had openly stated the government's policy to stop free-standing abortion clinics, in particular Dr. Morgentaler's, that this sentiment permeated the debates on both sides of the Assembly, and that Dr. Morgentaler was an acknowledged "mischief" against which the legislation was directed. He also considered relevant, though not determinative, the substantial penalties imposed by the Act (s. 6(1)).

He concluded that the Act and regulation were in pith and substance criminal law, "made primarily to control and restrict abortions within the province" and "to keep free-standing abortion clinics, and in the specific, Dr. Morgentaler out of Nova Scotia" (at p. 302). The province's privatization concerns, while real, were incidental to the paramount purpose of the legislation. Given this conclusion, Kennedy Prov. Ct. J. acquitted the respondent. He refrained from dealing with the *Charter* issues unless directed by an appeal court to do so.

B. *Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division* (1991), 104 N.S.R. (2d) 361

(1) Freeman J.A., Clarke C.J.N.S. and Hart and Chipman J.J.A. concurring

Freeman J.A. held, at p. 363, that while the province had the legislative power to pass a law in the present form, the question was whether it was colourable criminal law, i.e.:

... whether the province properly used [its] powers and created a law within the provincial competence, or whether it improperly attempted to use federal powers to

l'ordre à l'époque, la limitation de l'avortement n'était pas négociable.

Le juge Kennedy a décidé que la preuve des déclarations et des discours faits devant l'assemblée législative était pertinente et admissible. Il a conclu que le ministre de la Santé avait dit ouvertement que la position de son gouvernement était d'empêcher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes, en particulier celle du Dr Morgentaler, que la même opinion était répandue parmi les députés des deux côtés qui ont participé au débat à l'assemblée législative et que le Dr Morgentaler représentait un «mal» reconnu que les textes législatifs cherchaient à corriger. Il a de plus tenu pour admissibles, encore qu'elles ne fussent pas décisives, les amendes importantes dont la Loi frappait les contrevenants (par. 6(1)).

Il a conclu que la Loi et le règlement ressortissaient, de par leur caractère véritable, au droit criminel [TRADUCTION] «visant avant tout à contrôler et à limiter les avortements dans la province» et «à empêcher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes et, particulièrement, celle du Dr Morgentaler, en Nouvelle-Écosse» (à la p. 302). Les préoccupations de la province quant à la privatisation étaient certes réelles, mais elles étaient accessoires à l'objet primordial des textes législatifs. Étant donné cette conclusion, le juge Kennedy a acquitté l'intimé. Il s'est abstenu d'examiner les questions relatives à la *Charte*; il ne le fera que si une cour d'appel le lui demande.

B. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel* (1991), 104 N.S.R. (2d) 361

(1) Le juge Freeman (avec l'appui du juge en chef Clarke et des juges Hart et Chipman)

Le juge Freeman a décidé que, à la p. 363, la province avait l'autorité législative pour adopter une loi sous cette forme, mais que la question était de savoir s'il s'agissait de droit criminel déguisé, c'est-à-dire:

[TRADUCTION] . . . si la province avait utilisé à bon droit [ses] pouvoirs et créé une loi relevant de sa compétence ou si elle avait à tort essayé d'utiliser le pouvoir fédéral

pass a law that, regardless of its form, is actually a criminal law.

He held that both purpose and effect are relevant to characterizing the “matter” in relation to which a law is enacted. He found that the legislation effectively duplicated s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 287), the section struck down by this Court in *Morgentaler* (1988), *supra*. On the other hand, he also held that the effect of the Act was to prevent privatization, and since legislative effects alone were inconclusive, he examined purpose in more depth. He held that the legislative debates were admissible and relevant to the background and purpose of the legislation. They demonstrated that the government’s intent in making the March regulations and introducing the Act was to prevent the establishment of Morgentaler clinics in Nova Scotia, and that the members of both sides of the House understood this as the paramount purpose of the legislation.

Freeman J.A. conceded that a credible case could be made out for the provincial objective of stamping out privatization of health care services, but disagreed that this was the primary target of the legislation. Six factors pointed in the other direction (at pp. 376-77), and they are worth repeating in full:

1. Privatization of medical services had not been enunciated as a government objective prior to the introduction of the *Medical Services Act*. It was not mentioned in the Throne Speech on February 23, 1989. The Throne Speech did say that a Royal Commission Report was being awaited. The order-in-council establishing the Royal Commission made no reference to privatization.

2. The “March regulations” were obviously aimed at Morgentaler clinics. Hon. David Nantes, Health Minister, made that clear when he announced them to the legislature . . . The *Medical Services Act* was presented to the legislature following a court challenge to the March regulations. It was introduced on June 6, 1989, and passed, with the appearance of last-minute haste, the day the House closed on June 15, 1989. The March regulations were encompassed by the *Medical Services Act*

de voter une loi qui, peu importe sa forme, relève en fait du droit criminel.

Il a conclu que l’objet et l’effet sont aussi pertinents l’un que l’autre par rapport à la qualification du sujet sur lequel porte une loi. Il a conclu que les textes législatifs faisaient effectivement double emploi avec l’art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l’art. 287), article qui a été annulé par notre Cour dans l’arrêt *Morgentaler* (1988), précité. En revanche, il a aussi conclu que la Loi avait pour effet d’empêcher la privatisation et, comme ses effets pris isolément étaient peu concluants, il a examiné son objet de façon plus approfondie. Il a décidé que les débats législatifs étaient admissibles et pertinents quant au contexte et à l’objet des textes législatifs. Ils montraient que le gouvernement, en prenant les règlements de mars et en déposant la Loi, avait l’intention d’empêcher l’implantation de cliniques Morgentaler en Nouvelle-Écosse et que les députés des deux côtés de l’assemblée comprenaient que c’était là l’objet primordial des textes.

Le juge Freeman a concédé que la thèse selon laquelle l’objectif de la province était d’enrayer la privatisation des services de santé reposait sur des arguments valables, mais il n’était pas d’accord pour dire que c’était là l’objet principal des textes. Six facteurs l’ont amené à la conclusion opposée (aux pp. 376 et 377); il vaut la peine de les citer intégralement:

[TRADUCTION] 1. Avant le dépôt du projet de la *Medical Services Act*, le gouvernement n’avait pas précisé que son objectif était la privatisation des services médicaux. Il n’a pas été question de cet objectif dans le discours du Trône du 23 février 1989. On y mentionnait qu’on attendait la publication du rapport d’une commission royale d’enquête. Le décret constituant cette commission ne fait aucunement allusion à la privatisation.

2. Les «règlements de mars» visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Santé, l’a bien souligné quand il en a fait part à l’assemblée législative [. . .] La *Medical Services Act* a été présentée à l’assemblée après que les règlements de mars eurent été attaqués en justice. Elle a été présentée le 6 juin 1989 et votée, à la hâte, semble-t-il, le jour de la clôture de la session le 15 juin 1989. Les règlements de mars étaient englobés dans la *Medical Services Act* et

and its regulation. They were revoked, no longer necessary, on July 20, 1989, the day the regulation was passed under the *Medical Services Act*.

3. In explaining the desirability of avoiding the pitfalls of privatization, the Crown relied heavily on economic considerations. The report of the Royal Commission on Health Costs was being awaited, as the Throne Speech noted. In passing the *Medical Services Act* on June 15, 1989, the legislature elected to do so without the benefit of observations or recommendations by the Royal Commission . . . .

4. The Crown's evidence as to the official policy of the government of Nova Scotia on the privatization issue was given by Mr. Malcom [a senior bureaucrat] . . . . The Minister of Health or other cabinet Ministers could have given the best evidence as to the real purpose of the *Medical Services Act*. While Mr. Nantes emphasized privatization in moving second reading of the *Medical Services Act*, his remarks to the house about the abortion clinics left little doubt about the government's objectives for the *Act*.

5. The Department of Health had been engaged in discussions with the Medical Society of Nova Scotia to have more health care services delivered outside of hospitals. The Medical Society was not consulted about the *Act* prior to its introduction. The evidence suggests the *Act* runs counter to the direction of the talks.

6. Under s. 35 of the *Health Services and Insurance Act* the penalty for a violation of either the *Act* or regulations made under it is a maximum fine of \$100 for a first offence and \$200 for a subsequent offence. Under the *Hospitals Act* the maximum fine is \$500. The *Medical Services Act* provides for a minimum fine of \$10,000 and a maximum fine of \$50,000. The Crown's explanation for the substantial penalties under the *Medical Services Act* is noteworthy:

"Penalties are a means of enforcing compliance with provincial laws . . . . Where a person is determined to carry on a lucrative business, as is Dr. Morgentaler, who charged an average of \$350 per procedure (Admission of Facts), and who anticipates being open for business in Halifax two days per week, (Transcript, p. 1165) at 15 procedures per day, or approxi-

dans son règlement d'application. N'étant plus nécessaires, ils ont été abrogés le 20 juillet 1989, jour où a été pris le règlement en application de la *Medical Services Act*.

3. Pour expliquer pourquoi il était souhaitable d'éviter les embûches de la privatisation, le ministère public a insisté sur des considérations économiques. Le rapport de la commission royale d'enquête sur les coûts des soins de santé était attendu, comme le signalait le discours du Trône. En adoptant la *Medical Services Act* le 15 juin 1989, l'assemblée a choisi d'aller de l'avant sans avoir eu l'avantage de prendre connaissance des observations ou des recommandations de la commission royale d'enquête. . .

4. La preuve du ministère public quant à la position officielle du gouvernement de la Nouvelle-Écosse au chapitre de la privatisation a été fournie par le témoignage de M. Malcom [un haut fonctionnaire] . . . . Le ministre de la Santé ou d'autres ministres auraient pu apporter la meilleure preuve relativement à l'objectif véritable de la *Medical Services Act*. Certes, M. Nantes a mis l'accent sur la privatisation en proposant la deuxième lecture du projet de loi, mais ses propos devant l'assemblée au sujet des cliniques d'avortement ne laissaient aucun doute quant aux objectifs du gouvernement relativement à cette loi.

5. Le ministère de la Santé avait discuté avec l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse de la possibilité de fournir davantage de soins de santé ailleurs que dans les hôpitaux. L'ordre des médecins n'a pas été consulté au sujet de la *Loi* avant qu'elle n'ait été déposée. Les témoignages semblent indiquer que la *Loi* ne va pas dans le même sens que les pourparlers.

6. Aux termes de l'art. 35 de la *Health Services and Insurance Act*, la peine pour la violation de la *Loi* ou du règlement est une amende maximale de 100 \$ en cas de première infraction, et de 200 \$, en cas de récidive. Sous le régime de la *Hospitals Act*, l'amende maximale est de 500 \$. La *Medical Services Act* prévoit une amende minimale de 10 000 \$ et une amende maximale de 50 000 \$. Il convient de noter que le ministère public a donné, à propos des amendes importantes prévues par cette loi, l'explication qui suit:

«Les peines sont un moyen d'assurer le respect des lois provinciales. [. . .] Lorsqu'une personne est déterminée, comme l'est le Dr Morgentaler, à exercer une activité commerciale lucrative — il demandait en moyenne 350 \$ par intervention (admission de faits) et prévoyait ouvrir sa clinique à Halifax deux jours par semaine (Transcription, à la p. 1165), ce qui



mately \$10,000 for two days work, if the penalty was not substantial, it would not ensure compliance with the law. In this case a penalty of \$10,000 represents approximately two days work for Dr. Morgentaler. [Freeman J.A.'s emphasis.]

Freeman J.A. concluded as follows, at p. 378:

In summary, there is little in the evidence of the purpose of the *Medical Services Act* to suggest that its primary thrust was privatization, and a great deal that shows it was primarily intended to prohibit Morgentaler abortion clinics. It will be recalled that the effect was somewhat equivocal: it impacted upon private abortion clinics in the same manner as s. 251 of the *Criminal Code*, but it also had the effect of preventing privatization. When the purpose and effect of the *Act* are considered together, against the background of all the relevant circumstances, the conclusion is inescapable.

The *Medical Services Act* is in its pith and substance criminal law, as Judge Kennedy found it to be. As such, it is beyond the jurisdiction of the government of Nova Scotia; it must be struck down.

## (2) Jones J.A., dissenting

In Jones J.A.'s view, the issue was "simply whether the province has the power to regulate how and where medical services may be performed in the province" (at p. 378). He referred to the provinces' general jurisdiction over health matters including the non-criminal aspects of abortion, and after considering the terms of the *Medical Services Act*, he concluded, at p. 383:

In the absence of federal legislation the province has a legitimate interest in the performance of abortions in doctors' offices where that practice is objectionable to the public. Obviously that was the view of the Legislature. In my view the pith and substance of the *Act* is simply the regulation of where these medical services can be performed. I see no difference in principle between such legislation and legislation requiring the treatment of AIDS patients or battered children in hospitals. Those are matters within the power of the provinces to legislate in relation to public health. That being

donne 15 interventions par jour ou environ 10 000 \$ pour deux jours de travail — si l'amende n'est pas élevée, elle n'assurera pas le respect de la loi. En l'espèce, une amende de 10 000 \$ représente environ deux jours de travail pour le Dr Morgentaler. [Souligné par le juge Freeman.]

Le juge Freeman a tiré la conclusion suivante, à la p. 378:

[TRADUCTION] Bref, peu d'éléments de preuve relatifs à l'objet de la *Medical Services Act* donnent à penser que son objet principal était la privatisation, alors que de nombreux éléments montrent qu'elle a été conçue avant tout pour interdire les cliniques d'avortement du Dr Morgentaler. On se souviendra que son effet a été quelque peu équivoque: elle a eu un impact sur les cliniques d'avortement privées de la même manière que l'art. 251 du *Code criminel*, mais elle a eu aussi pour effet d'interdire la privatisation. Si l'on rapproche l'objet et l'effet de la *Loi*, en tenant compte du contexte que forme l'ensemble des circonstances pertinentes, on doit forcément en arriver à une seule conclusion.

De par son caractère véritable, la *Medical Services Act* ressortit au droit criminel, comme l'a estimé le juge Kennedy. À ce titre, elle excède la compétence du gouvernement de la Nouvelle-Écosse; elle doit être annulée.

## (2) Le juge Jones (dissident)

De l'avis du juge Jones, la question était [TRADUCTION] «simplement de savoir si la province a le pouvoir de réglementer les modalités des services médicaux et le lieu où ils peuvent être fournis dans la province» (à la p. 378). Il a mentionné la compétence générale de la province sur les questions de santé, y compris sur les aspects non criminels de l'avortement, et après avoir examiné les termes de la *Medical Services Act*, il a conclu, à la p. 383:

[TRADUCTION] En l'absence de loi fédérale, la province a un intérêt légitime dans l'avortement pratiqué dans le bureau d'un médecin, s'il s'agit d'un acte jugé répréhensible par le public. De toute évidence, l'assemblée législative était de cet avis. Selon moi, de par son caractère véritable, la *Loi* a simplement pour objet de fixer en quel lieu ces services médicaux peuvent être fournis. Je ne vois aucune différence en principe entre une telle loi et une loi exigeant que les patients sidéens ou les enfants maltraités soient traités dans les hôpitaux. Ce sont des questions qui relèvent de l'autorité des provinces en

so it is not open to this Court to review the reasons for the legislation.

He considered the “colourability” doctrine inapplicable since here the province was empowered to deal with the subject, and “[l]egislation is not open to review on the issue of colourability where a legislature is clearly acting within its powers” (at pp. 384-85). He would have allowed the appeal and ordered the trial to continue.

### Issues

On February 18, 1992, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Legislature of the Province of Nova Scotia on the ground that the Act is legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Is the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, made on the 20th day of July, 1989, pursuant to s. 8 of the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Lieutenant Governor in Council on the ground the Regulation was made pursuant to legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

It is important to keep in mind that the question before us is limited to the distribution of powers. The impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on legislation of this kind, while an important subject, is not in issue here. A holding that this legislation relates to a matter within the legislative competence of one or the other level of government does not mean that such legislation would either survive or fail the scrutiny of the *Charter*.

Moreover, even for purposes of the distribution of powers the issues are limited in this case: the criminal law power is the only federal head of

matière de santé publique. En conséquence, il n'appartient pas à notre Cour d'examiner les raisons qui soutiennent la loi.

Il a estimé que la théorie du détournement de pouvoir était inapplicable car en l'occurrence la province avait le pouvoir de légiférer sur le sujet: [TRADUCTION] «Une loi n'est pas susceptible de révision pour détournement de pouvoir si l'assemblée législative exerce de toute évidence l'autorité dont elle est investie» (aux pp. 384 et 385). Il aurait fait droit à l'appel et ordonné la reprise du procès.

### c Les questions en litige

Le 18 février 1992, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-elle la compétence de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse pour le motif que cette loi touche le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Le *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, pris le 20 juillet 1989, conformément à l'art. 8 de la *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-il la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil pour le motif que ce règlement a été pris conformément à une loi touchant le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Il importe de ne pas oublier que la question dont nous sommes saisis est limitée au partage des compétences. L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur des textes législatifs de ce genre, quoiqu'il constitue un point important, n'est pas en litige en l'espèce. Conclure que ces textes concernent un sujet relevant de la compétence législative de l'un ou de l'autre palier de gouvernement ne signifie pas soit qu'ils résisteraient à un examen fondé sur la *Charte*, soit qu'ils seraient invalidés.

Au surplus, même aux fins du partage des compétences, les questions en litige sont restreintes: le pouvoir relatif au droit criminel est le seul chef de

power in issue. This is the basis on which the case has proceeded since the trial, and is reflected in the terms of the constitutional questions. Although the argument has been made elsewhere that abortion falls properly under the federal government's residual power to legislate for peace, order and good government (see, e.g., M. McConnell and L. Clark, "Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern" (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81), that argument cannot be entertained here because of the way in which the issues were framed. Hence the intervener CARAL was not allowed to present argument on this issue in this case: *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462 (motion in chambers). The only issues are whether the legislation is within the competence of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, or whether it is in relation to the criminal law and thus within the exclusive competence of Parliament under s. 91(27).

### Analysis

#### A. General

The appellant argued that the *Medical Services Act* and the regulation are valid provincial legislation enacted pursuant to the province's legislative authority over hospitals, health, the medical profession and the practice of medicine. It relies particularly on heads (7), (13), and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, which give the province exclusive legislative authority over:

92. . . .

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

. . .

compétence fédéral en cause. C'est la prémisse sur laquelle repose la présente espèce depuis le procès et elle se reflète dans les questions constitutionnelles. Certes, d'aucuns ont fait valoir que l'avortement relevait à juste titre du pouvoir résiduel du gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada (voir, p. ex., M. McConnell et L. Clark, «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991), 14 *Dalhousie. L.J.* 81), mais cet argument ne saurait être retenu dans le cas présent à cause de la formulation des questions en litige. C'est pourquoi l'intervenante ACDA n'a pas été autorisée à présenter d'argumentation sur ce point en l'espèce: *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462 (requête en chambre). Les seules questions en litige sont de savoir si les textes législatifs ressortissent à la compétence de la province en application de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou s'ils se rapportent du droit criminel et relèvent, par conséquent, de la compétence exclusive du Parlement conformément au par. 91(27).

### Analyse

#### A. Aperçu

L'appelante a soutenu que la *Medical Services Act* et son règlement d'application formaient des textes législatifs provinciaux valides, édictés conformément à l'autorité législative de la province en ce qui a trait aux hôpitaux, à la santé, et à la profession et la pratique médicales. Elle s'appuie en particulier sur les rubriques (7), (13) et (16) de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accordent à la province l'autorité législative exclusive relativement aux matières suivantes:

92. . . .

7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

. . .

13. La propriété et les droits civils dans la province;

. . .

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

The ground on which the legislation is challenged is head (27) of s. 91, which reserves "The Criminal Law . . ." to Parliament. On the basis of the analysis that follows I conclude that the *Medical Services Act* and *Medical Services Designation Regulation* are criminal law in pith and substance and consequently *ultra vires* the province of Nova Scotia. The appeal must therefore be dismissed.

In my opinion, the Act and *Medical Services Designation Regulation* must be considered together for the purposes of constitutional characterization. The Act is in general terms, and only by N.S. Reg. 152/89 were its terms given specific meaning by attachment to particular medical services. The history of the Act, including its consideration in the House of Assembly and its connection to the earlier March regulations, shows that it was always considered in light of the medical services to which it would apply, and it was almost always discussed with particular reference to one of them, namely abortion. The Act and the list of services eventually embodied in the regulation were intertwined from the start.

The situation is similar to that in *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713, in which British Columbia enacted legislation providing for a tax to be imposed in respect of a mineral or minerals found in a "producing area". The rate of tax, the minerals subject to it and the producing area in which it would apply were all left to be designated. Regulations were made designating a certain area as a "producing area", designating iron as the only mineral subject to the tax and setting the rate of tax. This Court considered the statute together with the regulations for the purposes of constitutional characterization, and found (after referring also to related statutes, the legislative history and background including the province's historical efforts to encourage iron smelting in the province by means of what were effectively export taxes, the nature of the iron ore market, and the deterrent effect of the tax) that the statute was an *ultra vires*

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

La contestation des textes est fondée sur la rubrique (27) de l'art. 91, qui réserve «Le droit criminel [. . .]» au Parlement. Étant donné l'analyse qui suit, je conclus que la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* participent du droit criminel de par leur caractère véritable et, par conséquent, excèdent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Écosse. Le pourvoi doit donc être rejeté.

À mon avis, la Loi et le *Medical Services Designation Regulation* doivent être examinés ensemble aux fins de leur qualification constitutionnelle. La Loi est rédigée en termes généraux dont le sens n'a été précisé que dans le règlement N.S. Reg. 152/89, par lequel ils ont été rattachés à des services médicaux particuliers. L'historique de la Loi, y compris son étude à l'assemblée législative et son rapport avec les règlements de mars, montre qu'elle a toujours été examinée en fonction des services médicaux auxquels elle s'appliquerait, et le débat sur cette loi a presque toujours porté sur l'un de ces services, soit l'avortement. La Loi et la liste de services insérée ultérieurement dans les règlements sont entrelacées depuis le début.

La situation est semblable à celle qui était en cause dans l'arrêt *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713, où la Colombie-Britannique avait voté une loi prévoyant l'imposition d'une taxe sur le minéral ou les minéraux qui seraient extraits dans une [TRA-DUCTION] «région productrice». Le taux de la taxe, les minéraux assujettis à celle-ci et la région productrice visée devaient être désignés plus tard. Un règlement a été pris, désignant une certaine région «région productrice», désignant un seul minéral, soit le fer, et fixant le taux de la taxe. Notre Cour a étudié la loi et le règlement ensemble afin d'en déterminer la constitutionnalité et a conclu (après s'être référée aussi à des lois connexes, à l'historique de la loi et au contexte, y compris les efforts déployés dans le passé par la province pour encourager l'établissement de fonderies sur son territoire au moyen de ce qui représentait en réalité des taxes à l'exportation, la nature du marché du minerai de

attempt to encourage the establishment of an iron ore smelter by imposing a prohibitive export tax. The regulations gave concrete meaning and content to the statute and were indispensable to its classification for constitutional purposes.

In similar fashion, the statute and regulation are considered together in the following analysis. I will refer to them both together as “the legislation”. Together, in my opinion, they constitute an indivisible attempt by the province to legislate in the area of criminal law.

### B. *Classification of Laws*

#### (1) “What’s the ‘Matter’?”

Classification of a law for purposes of federalism involves first identifying the “matter” of the law and then assigning it to one of the “classes of subjects” in respect to which the federal and provincial governments have legislative authority under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. This process of classification is “an interlocking one, in which the British North America Act and the challenged legislation react on one another and fix each other’s meaning”: B. Laskin, “Tests for the Validity of Legislation: What’s the ‘Matter’?” (1955), 11 *U.T.L.J.* 114, at p. 127. Courts apply considerations of policy along with legal principle; the task requires “a nice balance of legal skill, respect for established rules, and plain common sense. It is not and never can be an exact science”: F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), at p. 26.

A law’s “matter” is its leading feature or true character, often described as its pith and substance: *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 587; see also *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286. There is no single test for a law’s pith and substance. The approach must be flexible and a technical, formalistic approach is to be avoided. See

fer et l’effet dissuasif de la taxe) que la loi constituait une tentative *ultra vires* d’encourager l’établissement d’une fonderie par l’imposition d’une taxe à l’exportation prohibitive. Le règlement donnait un sens et un contenu concrets à la loi et était indispensable pour sa qualification sur le plan constitutionnel.

De la même façon, la loi et le règlement sont examinés ensemble dans l’analyse qui suit. Je les appellerai «les textes législatifs». Pris ensemble, à mon avis, ils représentent une tentative indivisible de la part de la province de légiférer dans le domaine du droit criminel.

### B. *La qualification des lois*

#### (1) «Quelle est la matière en cause?»

La qualification d’une loi dans le cadre du fédéralisme suppose premièrement l’identification de la «matière» visée, puis son rangement dans l’une des «catégories de sujets» relativement auxquels les gouvernements fédéral et provinciaux exercent leur autorité législative sous le régime des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce processus de qualification est fait [TRADUCTION] «d’éléments qui s’entremêlent et dans ce processus, l’Acte de l’Amérique du Nord britannique et la loi contestée interagissent et déterminent le sens l’un de l’autre»: B. Laskin, «Tests for the Validity of Legislation: What’s the «Matter»?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114, à la p. 127. Les tribunaux tiennent compte de considérations générales ainsi que des principes de droit; la tâche exige [TRADUCTION] «un délicat dosage de compétence de juriste, de respect des règles établies et de gros bon sens. Ce n’est pas et ce ne sera jamais une science exacte»: F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), à la p. 26.

La «matière» d’une loi est son idée maîtresse, souvent appelée son caractère véritable: *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), à la p. 587; voir aussi *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1286. Il n’y a pas de critère unique du caractère véritable d’une loi. Il faut procéder avec souplesse et éviter tout formalisme. Voir Hogg, *Constitutional Law of*

Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 15-13. While both the purpose and effect of the law are relevant considerations in the process of characterization (see, e.g., *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.) (the *Alberta Bank Taxation Reference*), at p. 130; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at pp. 1389, 1392), it is often the case that the legislation's dominant purpose or aim is the key to constitutional validity. Rand J. put it this way in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at pp. 302-3:

The detailed distribution made by ss. 91 and 92 places limits to direct and immediate purposes of provincial action . . . The settled principle that calls for a determination of the "real character", the "pith and substance", of what purports to be enacted and whether it is "colourable" or is intended to effect its ostensible object, means that the true nature of the legislative act, its substance in purpose, must lie within s. 92 or some other endowment of provincial power.

See also *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504, at p. 512; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 354-55, 357-58; and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 744-45, 747 and 751 (Dickson C.J.), at p. 788 (Beetz J.), and at p. 807 (Wilson J.).

## (2) Purpose and Effect

### (a) "Legal Effect" or Strict Legal Operation

Evidence of the "effect" of legislation can be relevant in two ways: to establish "legal effect" and to establish "practical effect". The analysis of pith and substance necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect. "Legal effect" or "strict legal operation" refers to how the legislation as a whole affects the rights and liabilities of those subject to its terms, and is determined from the terms of the legislation itself. See Hogg, *supra*, at pp. 15-13 and 15-15. Legal effect is often a good indicator of

*Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, à la p. 15-13. Bien que l'objet et l'effet de la loi soient des facteurs pertinents dans le processus de qualification (voir, p. ex., l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.) (*Alberta Bank Taxation Reference*), à la p. 130; l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, aux pp. 1389 et 1392), il arrive souvent que l'objet ou le but principal de la loi soit l'élément clef de la constitutionnalité. Comme le dit le juge Rand dans l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, aux pp. 302 et 303:

[TRADUCTION] La répartition détaillée prévue aux art. 91 et 92 impose des limites aux fins directes et immédiates de l'action provinciale. [ . . . ] Le principe établi qui exige la détermination du «caractère véritable», de «l'essence et la substance», de ce qui est censé avoir été adopté comme loi et la question de savoir si le texte est «spécieux» ou est destiné à atteindre son objet ostensible, signifie que la nature véritable de l'acte législatif, son objet fondamental, doit relever de l'art. 92 ou de quelque autre attribution de pouvoirs provinciaux.

Voir également les arrêts *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504, à la p. 512; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 354, 355, 357 et 358; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 744, 745, 747 et 751 (le juge en chef Dickson), à la p. 788 (le juge Beetz) et à la p. 807 (le juge Wilson).

## (2) L'objet et l'effet

### a) L'«effet juridique» ou l'application sur le strict plan du droit

La preuve de l'«effet» d'un texte législatif peut être pertinente sous deux aspects: pour établir son «effet juridique» et pour établir son «effet pratique». L'analyse du caractère véritable commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique. L'«effet juridique» ou l'«application sur le strict plan du droit» se rapporte à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes

the purpose of the legislation (see, e.g., *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.) (the *Alberta Bill of Rights case*), and *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 326, Rand J.)), but is relevant in constitutional characterization even when it is not fully intended or appreciated by the enacting body. Thus in *Starr v. Houlden*, *supra*, the terms of reference of the Patricia Starr inquiry were held to duplicate the purposes and functions of a police investigation and preliminary inquiry into criminal allegations against specific individuals, which are criminal law matters, even though the province may not have intended that result.

The analysis of pith and substance is not, however, restricted to the four corners of the legislation (see, e.g., *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 388-89). Thus the court "will look beyond the direct legal effects to inquire into the social or economic purposes which the statute was enacted to achieve", its background and the circumstances surrounding its enactment (Hogg, *supra*, at p. 15-13) and, in appropriate cases, will consider evidence of the second form of "effect", the actual or predicted practical effect of the legislation in operation (*Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at p. 130). The ultimate long-term, practical effect of the legislation will in some cases be irrelevant. See *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, at p. 389.

#### (b) *The Use of Extrinsic Materials*

In determining the background, context and purpose of challenged legislation, the court is entitled to refer to extrinsic evidence of various kinds provided it is relevant and not inherently unreliable: *Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723, *per* Dickson J. This clearly includes related legislation (such as, in this case, the March regulations and the former s. 251 of the *Criminal Code*), and evidence of the "mis-

mêmes du texte. Voir Hogg, *op. cit.*, aux pp. 15-13 et 15-15. L'effet juridique est souvent une bonne indication de l'objet du texte (voir, p. ex., les arrêts *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.) (*Alberta Bill of Rights*), et *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 326 (le juge Rand)); mais il est pertinent pour la qualification constitutionnelle même lorsque ce n'était pas vraiment l'intention du législateur ou qu'il n'en n'était pas parfaitement conscient. Ainsi, dans l'arrêt *Starr v. Houlden*, précité, notre Cour a jugé que le mandat de la commission d'enquête concernant Patricia Starr reprenait les objets et les fonctions d'une enquête de police et d'une enquête préliminaire visant les allégations de perpétration d'infractions criminelles par des personnes désignées, une question qui relève du droit criminel, même si la province n'avait peut-être pas voulu ce résultat.

L'analyse du caractère véritable n'est cependant pas limitée à la teneur même du texte (voir, p. ex., le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, aux pp. 388 et 389). Par conséquent, la cour [TRADUCTION] «ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser», de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée (Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-13), et, dans les cas qui s'y prêtent, elle prend en considération la deuxième forme d'«effet», l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif (*Alberta Bank Taxation Reference*, précité, à la p. 130). Les conséquences pratiques à long terme du texte sont parfois peu pertinentes. Voir le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, à la p. 389.

#### b) *L'utilisation d'éléments extrinsèques*

Pour déterminer l'historique, le contexte et l'objet du texte législatif attaqué, la cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 723, le juge Dickson. Ils incluent de toute évidence les textes connexes (par exemple, en l'espèce, les règlements de mars et l'ancien art. 251 du *Code criminel*) et la

chief" at which the legislation is directed: *Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at pp. 130-33. It also includes legislative history, in the sense of the events that occurred during drafting and enactment; as Ritchie J., concurring in *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, wrote at p. 437, it is "not only permissible but essential" to consider the material the legislature had before it when the statute was enacted.

The former exclusionary rule regarding evidence of legislative history has gradually been relaxed (*Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at pp. 317-19), but until recently the courts have balked at admitting evidence of legislative debates and speeches. Such evidence was described by Dickson J. in *Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, at p. 721 as "inadmissible as having little evidential weight", and was excluded in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, at p. 319, and *Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775. The main criticism of such evidence has been that it cannot represent the "intent" of the legislature, an incorporeal body, but that is equally true of other forms of legislative history. Provided that the court remains mindful of the limited reliability and weight of Hansard evidence, it should be admitted as relevant to both the background and the purpose of legislation. Indeed, its admissibility in constitutional cases to aid in determining the background and purpose of legislation now appears well established. See *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, at p. 470, *per* Beetz J. (dissenting); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 749; *Starr v. Houlden*, *supra*, at pp. 1375-76, 1404 (distribution of powers); *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at pp. 24-25; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 983-84 (*Charter*); and *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, at pp. 249-251 (language rights). I would adopt the following passage from

preuve du «mal» que le texte vise à corriger: *Alberta Bank Taxation Reference*, précité, aux pp. 130 à 133. Ils comprennent aussi l'historique du texte, c'est-à-dire les circonstances de sa rédaction et de son adoption; comme le dit le juge Ritchie dans ses motifs concordants dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, à la p. 437, il nous est «non seulement permis, mais nécessaire» de prendre en considération les renseignements que le législateur avait devant lui lorsqu'il l'a adopté.

L'ancienne règle d'exclusion touchant la preuve de l'historique d'un texte législatif a été graduellement assouplie (*Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 317 à 319), mais jusqu'à récemment, les tribunaux ont hésité à admettre la preuve des débats et des discours devant le corps législatif. Dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 721, le juge Dickson a dit que ces discours étaient «irrecevables vu leur faible valeur probante» et ils ont été exclus dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, à la p. 319 et dans l'arrêt *Attorney General of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775. La principale critique dont a été l'objet ce type de preuve a été qu'elle ne saurait représenter l'«intention» de la législature, personne morale, mais c'est aussi vrai pour d'autres formes de contexte d'adoption d'une loi. À la condition que le tribunal n'oublie pas que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités, il devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif. En effet, il semble désormais bien établi qu'ils sont admissibles dans les affaires constitutionnelles car ils aident le tribunal à déterminer le contexte et l'objet du texte. Voir le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, à la p. 470, le juge Beetz (dissident); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 749; *Starr c. Houlden*, précité, aux pp. 1375, 1376 et 1404 (partage des pouvoirs); *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, aux pp. 24 et 25; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 983 et 984 (*Charte*), et *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, aux pp. 249 à 251 (droits linguistiques). Je souscris au passage qui suit, tiré de



*Hogg, supra*, as an accurate summary of the state of the law on this point (at pp. 15-14 and 15-15):

In determining the “purpose” of a statute in this special sense, there is no doubt as to the propriety of reference to the state of law before the statute and the defect in the law (the “mischief”) which the statute purports to correct. These may be referred to under ordinary rules of statutory interpretation. Until recently, there was doubt about the propriety of reference to parliamentary debates (Hansard) and other sources of the “legislative history” of the statute. The relevance of legislative history is obvious: it helps to place the statute in its context, gives some explanation of its provisions, and articulates the policy of the government that proposed it. Legislative history has usually been held inadmissible in Canada under ordinary rules of statutory interpretation. But the interpretation of a particular provision of a statute is an entirely different process from the characterization of the entire statute for purposes of judicial review. There seems to be no good reason why legislative history should not be resorted to for the latter purpose, and, despite some earlier authority to the contrary, it is now established that reports of royal commissions and law reform commissions, government policy papers and even parliamentary debates are indeed admissible. [Footnotes omitted.]

I would therefore hold, as did Freeman J.A. in the Court of Appeal, that the excerpts from Hansard were properly admitted by the trial judge in this case. In a nutshell, this evidence demonstrates that members of all parties in the House understood the central feature of the proposed law to be prohibition of Dr. Morgentaler’s proposed clinic on the basis of a common and almost unanimous opposition to abortion clinics *per se*. I will return to the evidence below.

(c) *Practical Effect*

In the present case the Attorney General of Nova Scotia submits that the evidence shows that the future administration of the Act will not result in a restriction on abortion services; the respondent submits the opposite. This raises the question of the relevance of evidence of practical effect. I have noted that the legal effect of the terms of legisla-

*Hogg, op. cit.*, qui constitue un résumé exact de l’état actuel du droit sur ce point (aux pp. 15-14 et 15-15):

[TRADUCTION] Il n’y a aucun doute que, pour déterminer l’«objet» d’une loi dans ce sens particulier, le tribunal peut à bon droit se référer à l’état du droit avant l’adoption de la loi et au défaut de la loi (au «mal») qu’elle vise à corriger. Les règles ordinaires d’interprétation des lois lui permettent de s’y référer. Jusqu’à récemment, il n’était pas certain qu’il pouvait se reporter aux débats parlementaires (au compte rendu officiel) et à d’autres sources concernant l’«historique de la loi». La pertinence de l’historique de la loi est évidente: elle aide à situer la loi dans son contexte, donne certaines explications sur ses dispositions et précise la position du gouvernement qui l’a proposée. Les tribunaux canadiens ont habituellement jugé inadmissible l’historique de la loi suivant les règles ordinaires d’interprétation. Mais l’interprétation d’une disposition particulière est un processus tout à fait différent de la qualification d’une loi dans son ensemble aux fins du contrôle judiciaire. Il semble qu’il n’y ait aucune bonne raison de ne pas se reporter à l’historique de la loi pour cette dernière fin et, malgré une certaine jurisprudence ancienne qui s’y opposait, il est maintenant bien établi que les rapports de commissions d’enquête et de commissions de réforme du droit, les énoncés de politique gouvernementaux et même les débats parlementaires sont en effet admissibles. [Renvois omis.]

Je suis donc d’avis, comme le juge Freeman de la Cour d’appel, que c’est à bon droit que le juge du procès a admis les extraits du Hansard en l’espèce. En un mot, cette preuve montre que les députés de tous les partis à l’assemblée comprenaient que l’idée maîtresse de la loi proposée était l’interdiction de la clinique du Dr Morgentaler parce que l’opposition à toute clinique d’avortement quelle qu’elle soit était générale, voire quasi unanime. Je reviendrai à cette preuve.

c) *L’effet pratique*

En l’espèce, le procureur général de la Nouvelle-Écosse soutient que la preuve montre que l’application future de la Loi n’entraînera pas de restriction des services d’avortement; l’intimé soutient le contraire. Cela soulève la question de la pertinence de la preuve de l’effet pratique. J’ai fait observer que l’effet juridique des termes du texte

tion is always relevant. Barring material amendments, it does not change over time. The practical effect of legislation, on the other hand, has a less secure status in constitutional analysis. Practical effect consists of the actual or predicted results of the legislation's operation and administration (see, e.g., *Saumur*, *supra*). Courts are often asked to adjudicate the constitutionality of legislation which is not yet in force or which, as here, has only been in force a short time. In such cases any prediction of future practical effect is necessarily short-term, since the court is not equipped to predict accurately the future consequential impact of legislation.

In the *Anti-Inflation Act* reference, *supra*, Laskin C.J. was willing to admit evidence of the circumstances in which the legislation was passed (at p. 391), but did not admit evidence of its predicted operation and effect, finding that "no general principle of admissibility or inadmissibility can or ought to be propounded by this Court" (at p. 389). The difficulty with practical effect is that whereas in one context practical effect may reveal the true purpose of the legislation (see *Saumur*, *supra*), in another context it may be incidental and entirely irrelevant even though it is drastic (*Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110 (P.C.), *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, *Whitbread v. Walley*, *supra*, at p. 1286); and in yet another context provincial and federal enactments with the same practical impact may both stand if the matter to which they relate has two "aspects" of roughly equivalent importance, one within federal and the other within provincial competence (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749).

In the majority of cases the only relevance of practical effect is to demonstrate an *ultra vires* purpose by revealing a serious impact upon a matter

législatif est toujours pertinent. Sauf si des modifications importantes sont apportées, cet effet ne change pas au fil des ans. En revanche, l'importance de l'effet pratique d'un texte législatif dans l'analyse constitutionnelle est moins certaine. L'effet pratique consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte (voir, p. ex., l'arrêt *Saumur*, précité). Les tribunaux sont souvent appelés à statuer sur la constitutionnalité de textes législatifs qui ne sont pas encore en vigueur ou qui, comme en l'espèce, ne le sont que depuis peu de temps. En pareil cas, toute prédiction de l'effet pratique futur n'est possible qu'à court terme, car le tribunal n'a pas les compétences pour prédire exactement les conséquences futures du texte.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, le juge en chef Laskin était disposé à admettre la preuve des circonstances de l'adoption de la loi (à la p. 391), mais il n'a pas admis la preuve de son application et de son effet prévus, estimant que «la Cour doit s'abstenir de formuler un principe général sur l'admissibilité de la preuve extrinsèque» (à la p. 389). Ce qui est difficile dans le cas de l'effet pratique c'est que, tandis que dans un contexte donné, l'effet pratique d'un texte législatif peut indiquer son objet véritable (voir l'arrêt *Saumur*, précité), dans un autre, il peut être accessoire et tout à fait dépourvu de pertinence, même s'il est radical (*Attorney-General for Saskatchewan c. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110, (C.P.); *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; *Whitbread c. Walley*, précité, à la p. 1286); et dans un autre encore, une loi provinciale et une loi fédérale ayant le même effet pratique peuvent être toutes deux tenues pour valides si la matière à laquelle elles se rapportent comporte deux «aspects» d'importance à peu près équivalente, l'un relevant de la compétence du fédéral l'autre de la compétence de la province (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749).

Dans la majorité des cas, l'effet pratique ne sera pertinent que s'il témoigne d'un objet *ultra vires*, c'est-à-dire s'il révèle une conséquence grave sur

outside the enacting body's legislative authority and thus either contradicting an appearance of *intra vires* or confirming an impression of *ultra vires*. It was in light of the difficult status of practical effect (particularly as exemplified in *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383, wherein provincial legislation banning communal landholding was held *intra vires* even though the legislation drastically infringed the Hutterite community's religious freedom) that Wilson J., concurring in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, held that legislative purpose is the focal point in distribution of powers analysis. One of the issues in that case was whether the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, was enacted pursuant to Parliament's criminal law power. Dickson J. (as he then was), writing for the majority, held that the Act was valid criminal law because its purpose was to compel religious observance of a Sunday sabbath (at p. 352), and emphasized that his conclusion depended on the identification of the purpose of the Act (at p. 355). Wilson J. held, in a passage not in conflict with Dickson J.'s approach to division of powers, that the pith and substance of legislation is determined through "an examination of the primary legislative purpose with a view to distinguishing the central thrust of the enactment from its merely incidental effects" (at p. 357). She concluded, at p. 358, that:

Only when the effects of the legislation so directly impinge on some other subject matter as to reflect some alternative or ulterior purpose do the effects themselves take on analytic significance.

If, however, pith and substance can be determined without reference to evidence of practical effect, the absence of evidence that the legislation has a practical effect in line with this characterization will not displace the conclusion as to the legislation's invalidity. In such a case, "evidence as to the likely effect of legislation would not add anything useful to the task of characterization, but would merely bear on the wisdom or efficacy of

une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte et s'il contredit ainsi un objet apparemment *intra vires* ou s'il confirme l'impression que le texte est *ultra vires*. C'est à cause de la difficulté de la détermination du rôle de l'effet pratique (comme l'illustre en particulier l'arrêt *Walter c. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, dans lequel une loi provinciale interdisant la propriété collective de terres a été déclarée *intra vires* même si elle portait gravement atteinte à la liberté de religion d'une communauté hutterite) que, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Wilson, qui a souscrit à l'avis de ses collègues, a décidé que l'objet d'un texte législatif est au centre de l'analyse fondée sur le partage des compétences. Dans cette affaire, il s'agissait entre autres de décider si la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, avait été adoptée conformément au pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorité, a décidé que la loi relevait bien du droit criminel parce qu'elle avait pour objet l'observance obligatoire du sabbat (dimanche) (à la p. 352) et il a souligné que sa conclusion reposait sur le fait que l'objet de la loi avait été identifié (à la p. 355). Dans un passage qui ne s'opposait pas au point de vue du juge Dickson sur le partage des compétences, le juge Wilson a conclu que le caractère véritable de la loi est déterminé «par un examen de l'objet premier de la loi afin de distinguer la portée principale de cette loi de ses effets purement secondaires» (à la p. 357). Elle conclut, à la p. 358:

Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse . . .

Si, toutefois, le caractère véritable peut être déterminé sans qu'il soit tenu compte de la preuve de l'effet pratique, l'absence de preuve que le texte législatif a un effet pratique correspondant à sa qualification n'écarte pas la conclusion quant à son invalidité. Dans un tel cas, [TRADUCTION] «la preuve de l'effet probable de la loi ne serait d'aucune utilité par rapport à la tâche de qualifier la loi, mais concernerait simplement la sagesse ou l'effi-

the statute. In those cases the evidence is not relevant” (Hogg, *supra*, at p. 15-16). See also *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, at pp. 424-25. Such evidence will not change the legislation’s “matter”, and only goes to the effectiveness of the statute to fulfil its object. The court is not concerned with the wisdom of a statute, and the government surely cannot justify legislation already determined to be *ultra vires* by arguing that it will not realize its aim or objective. Moreover, as I have said, legislation is often considered before experience has shown its actual impact, and prediction of future impact is necessarily short-term. I would adapt what La Forest J. said in another context (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 803) to this situation: “[i]t is undesirable that an Act be found constitutional today and unconstitutional tomorrow” simply because of the absence of conclusive evidence as to future impact or the possibility of a change in practical effect.

### (3) Scope of the Applicable Heads of Power

The issue we face in the present case is whether Nova Scotia has, by the present legislation, regulated the place for delivery of a medical service with a view to controlling the quality and nature of its health care delivery system, or has attempted to prohibit the performance of abortions outside hospitals with a view to suppressing or punishing what it perceives to be the socially undesirable conduct of abortion. The former would place the legislation within provincial competence; the latter would make it criminal law.

#### (a) *The Criminal Law*

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* gives the federal Parliament exclusive legislative jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term: *Attorney General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.), at p. 529. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324, the Judicial Committee took this

cacité de la loi. En pareil cas, la preuve n’est pas pertinente» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-16). Voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, aux pp. 424 et 425. Cette preuve ne change pas la «matière» que vise le texte législatif et ne se rapporte qu’à l’efficacité de la loi pour ce qui est d’atteindre son objectif. Le tribunal ne s’intéresse pas à la sagesse de la loi et le gouvernement ne saurait certainement pas justifier un texte législatif déjà déclaré *ultra vires* en affirmant qu’il n’atteindra pas son but ou son objectif. Au surplus, je le répète, le texte est souvent étudié avant qu’on en connaisse les conséquences réelles et on ne peut nécessairement prédire son effet futur qu’à court terme. J’adapterais à la situation en cause ce qu’a dit le juge La Forest dans un autre contexte (arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 803): «[i]l n’est pas souhaitable qu’une loi soit jugée constitutionnelle aujourd’hui et inconstitutionnelle demain» simplement en raison de l’absence de preuve concluante quant à son effet futur ou quant à la possibilité d’un changement dans son effet pratique.

### (3) La portée des chefs de compétence applicables

La question à trancher en l’espèce est de savoir si la Nouvelle-Écosse a, par les textes législatifs en cause, fixé le lieu où des services médicaux doivent être fournis afin de contrôler la qualité et la nature de son système de santé ou si elle a tenté d’interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital afin de supprimer ou de punir l’avortement, qu’elle perçoit comme une conduite socialement indésirable. Dans la première hypothèse, le texte relève de la compétence de la province; dans la seconde, il touche le droit criminel.

#### a) *Le droit criminel*

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement la compétence législative exclusive sur le droit criminel au sens le plus large du terme: *Attorney General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (C.P.), à la p. 529. Dans l’arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), à la p. 324, le

to include any act prohibited with penal consequences, but this interpretation was too generous and the missing ingredient was supplied by Rand J. in his classic formulation of the scope of the tests for criminal law in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*), at pp. 49-50:

. . . we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law. . . .

The presence or absence of a criminal public purpose or object is thus pivotal: see *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, at pp. 508-9; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 313; and *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49. This is not contradicted by the decision in *Starr v. Houlden*, *supra*. In that case the province of Ontario established a commission of inquiry to investigate and find whether Patricia Starr and Tridel Corporation had, in their dealings with public officials, conferred benefits, advantages or rewards of any kind on any public official. The terms of reference specified individuals by name and used language virtually indistinguishable from that of s. 121(b) of the *Criminal Code*. Lamer J. (as he then was), speaking for the majority, held the inquiry *ultra vires*, at p. 1402:

. . . it is the combined and cumulative effect of the names together with the incorporation of the *Criminal Code* offence that renders this inquiry *ultra vires* the province. The terms of reference name private individuals and do so in reference to language that is virtually

Comité judiciaire du Conseil privé a émis l'avis que ce terme incluait tout acte interdit, assorti de conséquences pénales, mais cette interprétation était trop libérale et l'élément manquant a été fourni par le juge Rand dans sa formulation classique de la portée des critères du droit criminel dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (*Renvoi sur la margarine*), aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] . . . nous pouvons à bon droit rechercher quel mal ou effet public préjudiciable ou indésirable est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

L'interdiction est-elle alors édictée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? Paix, sécurité, santé, moralité, ordre public: telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit-là . . .

La présence ou l'absence d'un objet ou objectif public touchant le droit criminel est donc centrale: voir *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, aux pp. 508 et 509; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, à la p. 313; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49. L'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, ne contredit pas ce principe. Dans cette affaire, la province d'Ontario avait établi une commission d'enquête chargée de vérifier si Patricia Starr et Tridel Corporation avaient, dans le cadre de leurs relations d'affaire avec des fonctionnaires, accordé des bénéfices, avantages ou récompenses quelconques à un fonctionnaire. Le mandat désignait des personnes nommément et contenait des termes presque identiques à ceux de l'al. 121b) du *Code criminel*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la majorité, a conclu, à la p. 1402, que l'enquête excédait la compétence de la province:

C'est [. . .] l'effet combiné et cumulatif des noms et de l'incorporation de l'infraction visée au *Code criminel* qui rend l'enquête *ultra vires* de la province. Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la dis-

indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision. Those same terms of reference require the Commissioner to investigate and make findings of fact that would in effect establish a *prima facie* case against the named individuals sufficient to commit those individuals to trial for the offence in s. 121 of the *Code*. The net effect of the inquiry, although perhaps not intended by the province, is that it acts as a substitute for a proper police investigation, and for a preliminary inquiry . . .

Lamer J. found the circumstances surrounding the establishment of the inquiry and the legal effect of its terms of reference to be overpowering and determinative of the inquiry's criminal character. That the province may not have intended to usurp the criminal process of an investigation and preliminary inquiry into specific offences by named individuals was irrelevant. That does not mean, however, that the purpose or object of the inquiry was irrelevant. It was simply a case in which the legal effect of the terms of reference was paramount in establishing a criminal public purpose within Rand J.'s tests. In sum, Lamer J. found that the inquiry offended the principle that the province cannot use an inquiry "for the purpose of gathering sufficient evidence to lay charges or to gather sufficient evidence to establish a *prima facie* case" (at pp. 1411-12).

(b) *Provincial Health Jurisdiction*

The provinces have general legislative jurisdiction over hospitals by virtue of s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, and over the medical profession and the practice of medicine by virtue of ss. 92(13) and (16). Section 92(16) also gives them general jurisdiction over health matters within the province: *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137. The *Schneider* case gives an indication of the watershed between valid health legislation and criminal law. In that case, British Columbia's *Heroin Treatment Act* was held to be *intra vires* because its object was not to punish narcotics addicts, but to treat their addiction and ensure their safety and security. Narcotic addiction

position correspondante du *Code criminel*. Le même mandat enjoint au commissaire de faire enquête et de constater des faits qui constitueraient en réalité, contre les personnes désignées, une preuve *prima facie* suffisante pour obtenir le renvoi de ces personnes à leur procès pour infraction à l'art. 121 du *Code*. Même si la province n'a peut-être pas visé ce résultat, l'enquête a pour conséquence ultime d'équivaloir à une enquête de police et à une enquête préliminaire . . .

Le juge Lamer a conclu que les circonstances qui ont donné lieu à la création de la commission et l'effet juridique de son mandat étaient concluants et déterminants pour ce qui était du caractère criminel de l'enquête. Le fait que la province n'a peut-être pas voulu usurper les fonctions inhérentes à une enquête policière et à une enquête préliminaire sur des individus nommément désignés relativement à des infractions criminelles précises n'était pas pertinent. Cela ne signifie pas, cependant, que l'objet ou le but de l'enquête n'étaient pas pertinents. Il s'agissait simplement d'une affaire où l'effet juridique du mandat présentait une importance primordiale pour l'établissement d'un objectif public touchant le droit criminel selon les critères énoncés par le juge Rand. En résumé, le juge Lamer a conclu que l'enquête portait atteinte au principe selon lequel une province ne peut utiliser une enquête «dans le but de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations ou pour établir une preuve *prima facie*» (à la p. 1412).

b) *La compétence de la province en matière de santé*

Le paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence législative générale sur les hôpitaux et les par. 92(13) et (16) leur attribuent la compétence sur la profession médicale et sur la pratique de la médecine. Le paragraphe 92(16) leur accorde aussi la compétence générale en matière de santé sur leur territoire: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137. L'affaire *Schneider* donne une indication de la ligne de démarcation entre un texte législatif valide sur la santé et une loi en matière criminelle. Dans cette affaire, l'*Heroin Treatment Act* de la Colombie-Britannique a été jugée *intra vires* parce que son objet n'était pas de punir les

was targeted not as a public evil but as a “physiological condition necessitating both medical and social intervention” (at p. 138). Accordingly, if the central concern of the present legislation were medical treatment of unwanted pregnancies and the safety and security of the pregnant woman, not the restriction of abortion services with a view to safeguarding the public interest or interdicting a public harm, the legislation would arguably be valid health law enacted pursuant to the province’s general health jurisdiction.

In addition, there is no dispute that the heads of s. 92 invoked by the appellant confer on the provinces jurisdiction over health care in the province generally, including matters of cost and efficiency, the nature of the health care delivery system, and privatization of the provision of medical services.

(c) *The Regulation of Abortion*

In the U.K. and Canada, the prohibition of abortion with penal consequences has long been considered a subject for the criminal law. As early as the mid-nineteenth century, with the adoption of legislation imitating *Lord Ellenborough’s Act* (U.K.), 43 Geo. 3, c. 58, through the time of Confederation and up to the 1969 amendments to the *Criminal Code* which introduced the relieving portion of s. 251 (*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18), the criminal law in Canada prohibited abortions with penal consequences; before the introduction of the relieving portion of s. 251 there was no such thing as a non-criminal abortion. As Dickson J. (as he then was) said in *Morgentaler (1975)*, *supra*, at p. 672, “since Confederation, and indeed before, the law of Canada has regarded as criminal, interference with pregnancy, however early it may take place . . . .”

Section 251 of the *Criminal Code* was a valid exercise of the criminal law power. Why? In *Morgentaler (1975)*, *supra*, Dr. Morgentaler

toxicomanes, mais de les traiter et de veiller à leur sécurité. La toxicomanie n’y était pas visée en tant que fléau social mais en tant qu’«état physiologique qui appelle une intervention à la fois médicale et sociale» (à la p. 138). Par conséquent, si la préoccupation centrale des textes législatifs en l’espèce était le traitement médical des grossesses non désirées et la sécurité des femmes enceintes, et non la limitation des services d’avortement destinée à protéger l’intérêt public ou à interdire un mal public, ou pourrait soutenir que les textes constituent une loi valide sur la santé, édictée conformément à la compétence générale de la province en matière de santé.

En outre, tous sont d’accord pour dire que les chefs de compétence de l’art. 92 invoqués par l’appelante attribuent aux provinces la compétence sur les soins de santé dans la province en général, y compris les questions de coûts et d’efficacité, la nature du système de santé et la privatisation des services médicaux.

c) *La réglementation de l’avortement*

Au Royaume-Uni et au Canada, l’interdiction de l’avortement assortie de conséquences pénales a longtemps été tenue pour une question de droit criminel. Dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, avec l’adoption de la loi imitant la *Lord Ellenborough’s Act* (R.-U.), 43 Geo. 3, ch. 58, jusqu’à l’époque de la Confédération et aux modifications apportées en 1969 au *Code criminel*, introduisant la disposition d’exemption de l’art. 251 (*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18), le droit criminel canadien a comporté une interdiction de l’avortement assortie de conséquences pénales; avant l’introduction de la disposition d’exemption de l’art. 251, l’avortement non criminel n’existait pas. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, à la p. 672: «depuis la Confédération, et même avant, la loi canadienne a toujours considéré comme un crime le fait d’interrompre la grossesse, même à ses débuts . . . .»

L’article 251 du *Code criminel* représentait un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Pourquoi? Dans l’arrêt *Morgentaler*

argued that s. 251 was an encroachment on provincial legislative power in relation to hospitals and the regulation of the profession of medicine and the practice of medicine, but this argument was dismissed unanimously from the bench without hearing from the Crown. Laskin C.J., who dissented as to the result, was the only judge who gave reasons for the Court's rejection of the argument that s. 251 was legislation for the protection of a pregnant woman's health (at p. 626):

This, however, is to attribute to Parliament a particular, indeed exclusive concern under s. 251 with health, to the exclusion of any other purpose that would make it a valid exercise of the criminal law power.

He held, on the contrary, at p. 627, that s. 251 was well within Rand J.'s tests for criminal law in the *Margarine Reference*, *supra*, because:

What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment.

The presence of the dispensing provisions in s. 251 was explained on the basis that "Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation" (at p. 627). Finally, in so far as s. 251 had "any relationship to the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof," Laskin C.J. held this relationship to be "so incidental as to be little short of ephemeral" (at p. 628).

In *Morgentaler (1988)*, *supra*, this Court unanimously reaffirmed the holding that s. 251 was valid criminal law for purposes of the distribution of powers. Beetz J. (with whom Estey J. concurred), at pp. 82 and 122-23, and Wilson J., at p. 181, held that while s. 251 had as an ancillary objective the protection of the life or health of pregnant women, its principal objective was the

(1975), précité, le D<sup>r</sup> Morgentaler a soutenu que cet article portait atteinte au pouvoir législatif des provinces relativement aux hôpitaux et à la réglementation de la profession et de la pratique médicales, mais notre Cour a rejeté cet argument à l'unanimité à l'audience sans entendre les plaidoiries du ministère public. Le juge en chef Laskin, dissident quant au résultat, a été le seul juge à donner des motifs pour le rejet par la Cour de l'argument voulant que l'art. 251 visait la protection de la santé de la femme enceinte (à la p. 626):

Mais cela revient à prêter au Parlement une préoccupation particulière, à vrai dire exclusive, pour la santé, à l'exclusion de tout autre motif qui ferait de l'article un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle.

Il a conclu, au contraire, à la p. 627, que l'art. 251 répondait très bien aux critères énoncés par le juge Rand au regard du droit criminel dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, pour la raison suivante:

Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions.

Il explique la présence des dispositions d'exemption à l'art. 251 par le principe que «le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités» (à la p. 627). Pour terminer, le juge en chef Laskin conclut que, dans la mesure où l'art. 251 a «quelque relation avec l'établissement d'hôpitaux ou la réglementation de la profession ou de la pratique médicale, cette relation est tellement incidente qu'elle en est presque illusoire» (à la p. 628).

Dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*, précité, notre Cour a réitéré à l'unanimité sa conclusion que l'art. 251 était une loi valide en matière criminelle aux fins du partage des pouvoirs. Le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey), aux pp. 82, 122 et 123, et le juge Wilson, à la p. 181, ont conclu que, si l'art. 251 avait pour objectif secondaire la protection de la vie et de la santé de la femme



protection of the state interest in the foetus. (I would note that although in this case the objective of the legislation was also discussed in the context of the *Charter*, a statute's "objective" for *Charter* purposes necessarily reflects its "purpose" for distribution of powers purposes: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 353, 361-62.) Beetz J. held, at pp. 128-29, that this made it a valid exercise of the criminal law power. On the other hand, Dickson C.J. (Lamer J., as he then was, concurring), at p. 75, and McIntyre J. (dissenting, La Forest J. concurring), at pp. 135 and 156, held that the objective of the section was to balance the interests of the foetus and the pregnant woman. McIntyre J. held, at p. 156, that this objective made the section a valid exercise of the criminal law power. Dickson C.J. and Wilson J. did not give reasons for finding the section *intra vires*.

The two *Morgentaler* decisions focus attention on the purpose or concern of abortion legislation to determine if it is truly criminal law: Is the performance or procurement of abortion prohibited as socially undesirable conduct? Is protecting the state interest in the foetus or balancing the interests of the foetus against those of women seeking abortions a primary objective of the legislation? Is the protection of the woman's health only an ancillary concern? And are other provincial concerns such as the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof merely incidental?

It is not necessary for the purposes of this appeal to attempt to delineate the scope of provincial jurisdiction to regulate the performance of abortions. Suffice it to say that any provincial jurisdiction to regulate the delivery of abortion services must be solidly anchored in one of the provincial heads of power which give the provinces jurisdiction to legislate in relation to such matters as

enceinte, son objectif premier était la protection de l'intérêt de l'État dans le fœtus. (Je ferai remarquer que, bien que dans la présente espèce, l'objectif des textes législatifs ait été examiné dans le contexte de la *Charte*, l'objectif d'une loi pour l'application de la *Charte* reflète nécessairement son «objet» aux fins du partage des pouvoirs: arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 353, 361 et 362.) Aux pages 128 et 129, le juge Beetz a conclu qu'il constituait pour cela un exercice valide du pouvoir relatif au droit criminel. En revanche, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge Lamer (maintenant Juge en chef)), à la p. 75, et le juge McIntyre (dissentent et à l'avis duquel le juge La Forest a souscrit), aux pp. 135 et 156, ont conclu que l'objectif de l'article était d'équilibrer les intérêts du fœtus et ceux de la femme enceinte. À la p. 156, le juge McIntyre a conclu qu'en raison de cet objectif, l'article constituait un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Le juge en chef Dickson et le juge Wilson n'ont pas donné de motifs au soutien de leur conclusion que l'article était *intra vires*.

Les deux arrêts *Morgentaler* mettent l'accent sur l'objet des dispositions relatives à l'avortement ou sur la préoccupation du législateur, lorsqu'il s'agit de déterminer si la loi touche vraiment le droit criminel: Le fait de pratiquer ou de procurer un avortement est-il interdit en tant qu'acte socialement indésirable? Protéger l'intérêt de l'État dans le fœtus ou équilibrer les intérêts du fœtus et ceux des femmes qui veulent avorter sont-ils un objectif premier des dispositions? La protection de la santé de la femme est-elle seulement une préoccupation secondaire? Les autres préoccupations de la province, comme l'établissement d'hôpitaux ou la réglementation de la profession ou de la pratique médicales, sont-elles seulement accessoires?

Il n'est pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoi de tenter de circonscrire la portée de la compétence provinciale quant à la réglementation de l'avortement. Qu'il suffise de dire que toute compétence provinciale au chapitre de la réglementation des services d'avortement doit être ancrée dans l'un des chefs de compétence attribuant aux provinces l'autorité législative relative-

health, hospitals, the practice of medicine and health care policy.

ment aux matières telles que la santé, les hôpitaux, la pratique de la médecine et la politique de la santé.

C. *Application of the Principles to the Case at Bar* a C. *L'application des principes à l'espèce*

An examination of the terms and legal effect of the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation*, their history and purpose and the circumstances surrounding their enactment leads to the conclusion that the legislation's central purpose and dominant characteristic is the restriction of abortion as a socially undesirable practice which should be suppressed or punished. Although the evidence of the legislation's practical effect is equivocal, it is not necessary to establish that its immediate or future practical impact will actually be to restrict access to abortions in order to sustain this conclusion.

L'examen des termes et de l'effet juridique de la *Medical Services Act* et du *Medical Services Designation Regulation*, de leur historique, de leur objet et des circonstances de l'adoption de la Loi et de la prise du règlement m'amène à conclure que l'objet central et la caractéristique dominante des textes législatifs sont la limitation de l'avortement en tant qu'acte socialement indésirable qu'il convient de supprimer ou de punir. Certes, la preuve de l'effet pratique des textes législatifs est équivoque, mais il n'est pas nécessaire, pour étayer cette conclusion, d'établir que son impact pratique, immédiat ou futur, sera réellement de limiter les avortements.

(1) Legal Effect: the Four Corners of the Legislation

(1) L'effet juridique: la teneur des textes législatifs

Starting with the terms of the legislation, the *Medical Services Act* makes it an offence subject to significant fines (s. 6) to perform abortions or other services designated by the *Medical Services Designation Regulation* outside a hospital approved as such under the *Hospitals Act* (s. 4). It is impossible to tell from the legislation itself whether this amounts to a total prohibition of abortion (which all parties concede would be *ultra vires* the province), since extrinsic evidence is necessary to establish that abortions are available in Nova Scotia hospitals. The Act also denies public health insurance coverage for the performer and recipient of such services (s. 5), and provides for injunctive relief against violations of its terms (s. 7). It is entitled "An Act to Restrict the Privatization of Medical Services", and its purpose is expressed to be the prohibition of the privatization of certain medical services in order to maintain a single high-quality health care delivery system in the province (s. 2). The allegation of *ultra vires* and the decisions in the courts below focused on the offence provisions of the legislation. No argument was directed toward the "de-insurance" section in this Court (s. 5). Although the "de-insurance" and

Voyons d'abord la teneur des textes législatifs. Aux termes de la *Medical Services Act*, constitue une infraction qui rend passible d'une forte amende (art. 6) le fait de pratiquer un avortement ou de fournir d'autres services désignés dans le *Medical Services Designation Regulation* ailleurs que dans un hôpital approuvé en conformité avec la *Hospitals Act* (art. 4). À la lecture des textes, il est impossible de dire si cela représente l'interdiction totale de l'avortement (ce qui excéderait la compétence de la province, de l'aveu de toutes les parties), car il faut recourir à la preuve extrinsèque pour établir si l'on pratique des avortements dans les hôpitaux de la Nouvelle-Écosse. La Loi prive du droit à l'assurance-maladie les personnes qui fournissent des services de cette nature et celles à qui ils sont fournis (art. 5), et elle dispose qu'en cas de contravention à ses dispositions, une injonction peut être décernée (art. 7). Elle s'intitule [TRA-DUCTION] «Loi tendant à limiter la privatisation des services médicaux» et son objet expressément énoncé est d'interdire la privatisation de certains services médicaux dans le but de maintenir un seul système de santé de qualité supérieure dans la province (art. 2). L'allégation selon laquelle elle est

injunction provisions clearly enhance the practical clout of the prohibition, they do not require independent consideration in the context of this case. It is sufficient for the purposes of characterizing this legislation to concentrate on the prohibition of the performance of a designated service outside a hospital. It is apparent from the combined effect of the offence and the regulation that one purpose of the legislation is to prohibit the establishment of free-standing abortion clinics.

The majority in the Court of Appeal conceded that the province had the legislative authority to pass a law in the present form. I acknowledge that the legislation has the legal effect of preventing privatization by prohibiting the private (i.e., outside a hospital) provision of the designated services. But the legislation expressly prohibits the performance of abortions in certain circumstances with penal consequences, a subject, as I have said, traditionally regarded as part of the criminal law. In *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, a majority of this Court held provincial legislation creating an offence of arbitrary arrest or detention and a right to relief in the form of *habeas corpus* to be suspect on its face since arbitrary arrest or detention and the availability of *habeas corpus* in such circumstances have been dealt with by Parliament in the criminal law "almost since the advent of Confederation" (at p. 240). Likewise, one of the reasons behind this Court's invalidation of a municipal by-law prohibiting street prostitution in *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43, was that conduct relating to prostitution has long been regarded as criminal. The present legislation, prohibiting traditionally criminal conduct, is therefore of questionable validity on its face: cf. *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing*

*ultra vires*, ainsi que les décisions des tribunaux d'instance inférieure, ont mis l'accent sur les dispositions prévoyant les infractions. Devant notre Cour, on n'a fait valoir aucun argument relatif à l'article prévoyant que les services ne seraient plus assurés (art. 5). Bien que les dispositions concernant l'exclusion de l'assurance et l'injonction augmentent nettement la rigueur de l'interdiction dans la pratique, elles n'exigent pas d'examen séparé en l'espèce. Il suffit, pour la qualification de ces textes législatifs, de s'en tenir à l'interdiction de la fourniture d'un service désigné ailleurs que dans un hôpital. Il ressort à l'évidence de l'effet cumulatif de l'infraction et du règlement que les textes législatifs avaient pour seul objet d'interdire l'implantation de cliniques d'avortement autonomes.

La Cour d'appel, à la majorité, a concédé que la province avait l'autorité législative pour adopter une loi sous cette forme. Je reconnais que les textes législatifs ont pour effet, sur le plan juridique, d'empêcher la privatisation en interdisant la fourniture privée (c'est-à-dire ailleurs que dans un hôpital) des services désignés. Mais les textes législatifs interdisent expressément l'avortement dans certaines circonstances et assortissent cette interdiction de conséquences pénales; or cette matière relève traditionnellement, je le répète, du domaine du droit criminel. Dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, notre Cour a décidé, à la majorité, qu'une loi provinciale créant une infraction d'arrestation ou de détention arbitraires et un recours en *habeas corpus* est suspecte à première vue car l'arrestation ou la détention arbitraires et la possibilité de recourir à l'*habeas corpus* en pareille situation ont été l'objet de lois fédérales en matière criminelle «presque depuis la Confédération» (à la p. 240). De la même façon, dans l'arrêt *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, notre Cour a invalidé un règlement municipal interdisant la prostitution dans les rues, entre autres, parce que les actes participant de la prostitution ont depuis longtemps été considérés comme criminels. La validité des textes législatifs en l'espèce, qui interdisent un acte traditionnellement tenu pour criminel, est donc douteuse à première vue: voir *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*,

*Board*), [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 80, *per* Estey J. (concurring in the result).

This conclusion makes it unnecessary to invoke the “colourability doctrine”, but since it figured prominently in the courts below and in argument before us, I will address it briefly. The respondent attacks the legislation on the basis that it is colourable criminal law. The “colourability doctrine” in the distribution of powers is invoked when a law looks as though it deals with a matter within jurisdiction, but in essence is addressed to a matter outside jurisdiction: *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1403; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, at p. 332; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468 (P.C.), at p. 482. There is no need to invoke the doctrine in this case because while the Act states in its title and s. 2 that its aim is to prohibit the privatization of medical services, there are doubts about the legislation’s *vires* on its face due to the fact that it appears to occupy ground historically occupied by the criminal law. Moreover the ordinary approach to pith and substance entitles the Court to look beyond the terms of the legislation. As Rand J. declared in the *Margarine Reference*, *supra*, at p. 48, a statement of purpose is at most “a fact to be taken into account, the weight to be given to it depending on all the circumstances”.

In any event, the colourability doctrine really just restates the basic rule, applicable in this case as much as any other, that form alone is not controlling in the determination of constitutional character, and that the court will examine the substance of the legislation to determine what the legislature is really doing:

[t]he legislative bodies cannot, by statutory recitals, settle the classification of their own statutes for purposes of the distribution of powers . . . . Selection of the aspect that matters is the exclusive prerogative of the court, and the so-called doctrine of colourability is simply an instance of this rule . . . .

[1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 80, le juge Estey (souscrivant au résultat).

Étant donné cette conclusion, il n’est pas nécessaire d’invoquer la «théorie du détournement de pouvoir», mais comme on en a beaucoup fait état devant les tribunaux d’instance inférieure et devant nous, je vais en dire quelques mots. L’intimé attaque les textes législatifs parce qu’il s’agirait de droit criminel déguisé. La «théorie du détournement de pouvoir», en ce qui a trait au partage des compétences, est invoquée lorsqu’une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d’un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence: *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1403; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, à la p. 332; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468 (C.P.), à la p. 482. Point n’est besoin d’invoquer la théorie en l’espèce parce que, bien que la Loi dise dans son intitulé et à l’art. 2 que son but est d’interdire la privatisation des services médicaux, la validité des textes législatifs est douteuse à première vue à cause du fait qu’ils semblent occuper un champ traditionnellement réservé au droit criminel. Par surcroît, le tribunal peut d’ordinaire aller au-delà des termes de la loi pour évaluer son caractère véritable. Comme le dit le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, à la p. 48, l’énoncé de l’objet est tout au plus [TRADUCTION] «un fait qu’il faut prendre en considération, le poids qu’il convient de lui accorder dépendant de l’ensemble des circonstances».

Quoi qu’il en soit, la théorie du détournement de pouvoir ne fait que réaffirmer la règle fondamentale, applicable dans la présente espèce comme dans toute autre, que la forme seule n’est pas déterminante de la qualification constitutionnelle et que le tribunal examinera le fond de la loi pour déterminer sa portée véritable:

[TRADUCTION] . . . les corps législatifs ne peuvent pas, par un préambule, fixer la qualification de leurs propres lois pour l’application du partage des pouvoirs [. . .] Le choix de l’aspect qui est important est l’apanage des tribunaux et la théorie dite du détournement de pouvoir n’est qu’un cas d’application de cette règle . . .

See W. R. Lederman, "The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada" (1965), reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 266, at p. 282; see also A. S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (P.C.), at p. 337; and *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, at p. 76. Under either the basic approach to pith and substance or the "colourability doctrine", therefore, we need to look beyond the four corners of the legislation to see what it is really about. As stated by Laskin C.J. in *Potash, supra*, at p. 76, "[i]t is nothing new for this Court, or indeed, for any Court in this country seized of a constitutional issue, to go behind the words used by a Legislature and to see what it is that it is doing".

## (2) Beyond the Four Corners

### (a) *Duplication of Criminal Code Provisions*

Once the legal effect of legislation is ascertained, it can be compared with that of any relevant legislation passed by the other level of government. The majority of the Court of Appeal found that the present legislation effectively duplicated s. 251 (now s. 287) of the *Criminal Code*. Freeman J.A. held, at pp. 367 and 371-72, that:

Using s. 251 as a starting point, even a cursory examination discloses that the *Medical Services Act* has an impact and effect on abortions in private clinics virtually indistinguishable from that of s. 251.

If a distinction exists, it is a philosophical one too subtle to alter the outcome. Under either piece of legislation, a doctor who performed an abortion in a private clinic might find a policeman in the waiting room. He or she could be convicted on precisely the same evidence under either enactment.

Voir W. R. Lederman, «The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada» (1965), réédité dans Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 266, à la p. 282; voir aussi A. S. Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, à la p. 494; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (C.P.), à la p. 337, et *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, à la p. 76. En conséquence, que nous abordions le caractère véritable du point de vue classique ou suivant la «théorie du détournement de pouvoir», nous devons aller au-delà de la teneur même des textes législatifs pour découvrir leur objet véritable. Comme le dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Potash*, précité, à la p. 76, «[c]e n'est pas la première fois que cette Cour, comme tout tribunal canadien saisi d'une question constitutionnelle, doit chercher ce qui se cache derrière les termes utilisés par une législature et déterminer leur portée véritable».

## (2) Au-delà de la teneur

### a) *Chevauchement avec des dispositions du Code criminel*

Une fois déterminé l'effet juridique des textes législatifs, on peut le comparer à celui de tout texte pertinent adopté par l'autre palier de gouvernement. La Cour d'appel à la majorité a jugé que les textes législatifs en l'espèce reprenaient effectivement les termes de l'art. 251 (maintenant l'art. 287) du *Code criminel*. Le juge Freeman a conclu aux pp. 367, 371 et 372:

[TRADUCTION] Si l'on prend l'art. 251 comme point de départ, même un examen superficiel nous révèle que la *Medical Services Act* a un impact sur les avortements dans les cliniques privées qui est presque identique à celui de l'art. 251.

Si'il y a une différence, c'est une distinction philosophique trop subtile pour modifier le résultat. Sous le régime de l'une et l'autre lois, le médecin qui pratiquerait un avortement dans une clinique privée pourrait se trouver face à un policier dans la salle d'attente. Il pourrait être déclaré coupable en fonction de la même preuve sous les deux régimes.

Provincial legislation has been held invalid when it employs language “virtually indistinguishable” from that found in the *Criminal Code: Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, *supra*, at pp. 70-71 and 80; and *Starr v. Houlden*, *supra*, at pp. 1402 and 1405-6. However, even when the legal effect of federal and provincial legislation is virtually identical this does not necessarily determine validity, since the provinces can enact provisions with the same legal effect as federal legislation provided this is done in pursuit of a provincial head of power: *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), at p. 636, aff’d [1984] 1 S.C.R. 266. The duplication of *Criminal Code* language may raise an inference that the province has stepped into the realm of the criminal law; the more exact the reproduction, the stronger the inference that this is the dominant purpose of the enactment.

The guiding principle is that the provinces may not invade the criminal field by attempting to stiffen, supplement or replace the criminal law (*Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104 (C.A.)) or to fill perceived defects or gaps therein (*Scowby v. Glendinning*, *supra*, at p. 238). The legal effect of s. 251 and the present legislation, each taken as a whole, is quite different: among other things, s. 251 made it an offence for a woman to obtain an abortion, and prescribed the burdensome “therapeutic abortion committee” system and the “life or health” criterion for a legal abortion, none of which are present in the Act and regulation; and the present legislation prohibits other services besides abortion and directly concerns public health insurance coverage. Freeman J.A. was clearly right, however, that in so far as it prohibits abortion clinics the legal effect of the medical services legislation is completely embraced by s. 251 and, had the latter provision not been struck down, the present legislation would have been redundant in that respect. Section 251 is now, of course,

Des lois provinciales ont été déclarées invalides parce qu’elles contenaient des termes «presque identiques» à ceux employés dans le *Code criminel: Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, à la p. 699; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, précité, aux pp. 70, 71 et 80; *Starr c. Houlden*, précité, aux pp. 1402, 1405 et 1406. Toutefois, même si l’effet juridique des textes provinciaux et fédéraux sont presque identiques, cela ne détermine pas nécessairement la validité, car les provinces peuvent édicter des dispositions ayant le même effet juridique que celui d’un texte fédéral à la condition que ce soit dans l’exercice d’un chef de compétence provincial: *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *R. c. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), à la p. 636; conf. par [1984] 1 R.C.S. 266. On peut inférer de la similitude avec les termes du *Code criminel* que la province a empiété sur le domaine du droit criminel; plus la reproduction est exacte, plus on doit en conclure que c’est là l’objet principal de la loi.

Le principe directeur veut que les provinces ne puissent s’ingérer dans les sphères criminelles en essayant de renforcer, de compléter ou de remplacer le droit criminel (*Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104 (C.A.)) ou de remédier à ce qu’elles considéraient comme des défauts ou des failles (*Scowby c. Glendinning*, précité, à la p. 238). L’effet juridique de l’art. 251 et celui des textes législatifs en l’espèce, pris dans chaque cas dans leur ensemble, est tout à fait distinct: entre autres, l’art. 251 criminalisait le fait pour une femme d’obtenir un avortement et instaurait le système lourd du «comité de l’avortement thérapeutique», ainsi que le critère de «la vie ou de la santé» selon lequel l’avortement pouvait être tenu pour légal, tous des éléments absents dans la Loi et le règlement; de plus, les textes législatifs en l’espèce interdisent d’autres services outre l’avortement et ils concernent directement le régime public d’assurance-maladie. Toutefois, le juge Freeman avait manifestement raison de dire que, dans la mesure où les textes sur les services médicaux interdisent les cliniques d’avor-

inoperative. The absence of operative federal legislation does not enlarge provincial jurisdiction, though. It simply means that if the provincial legislation is found to be *intra vires*, no problem of paramountcy arises.

In my opinion the overlap of legal effects between the now defunct criminal provision and the Nova Scotia legislation is capable of supporting an inference that the legislation was designed to serve a criminal law purpose. It is a piece in the puzzle which along with the other evidence may demonstrate the true purpose of the legislation.

(b) *Background and Surrounding Circumstances*

The events leading up to and including the enactment of the Act and regulation do not support the appellant's assertions that the pith and substance of the legislation relate to provincial jurisdiction over health. On the contrary, they strengthen the inference that the impugned Act and regulation were designed to serve a criminal law purpose.

(i) The Course of Events

It is clear that the catalyst for government action was the rumour and later announcement of Dr. Morgentaler's intention to open his clinic. The Crown concedes this. The respondent was clearly, as the trial judge concluded, a "mischief" against which the legislation was directed. The government knew of Dr. Morgentaler's intention to open a clinic by some time in January 1989. It responded with the March regulations, which prohibited abortions outside hospitals and "de-insured" such services. The direct and exclusive aim of this action was to stop the Morgentaler clinic and no one disputes that. The Minister of

tement, leur effet juridique est entièrement englobé par l'art. 251 et, si celui-ci n'avait pas été invalidé, les textes législatifs en l'espèce auraient été redondants à cet égard. L'article 251 est maintenant inopérant, bien sûr. L'absence de loi fédérale opérante n'élargit cependant pas la compétence provinciale. Elle signifie simplement que, si les textes provinciaux sont jugés *intra vires*, aucun problème de prépondérance ne se pose.

À mon avis, le chevauchement de l'effet juridique de la disposition criminelle maintenant annulée et de celui des textes législatifs de la Nouvelle-Écosse permet d'inférer que les textes étaient conçus pour atteindre un objectif touchant le droit criminel. C'est une pièce du puzzle qui, jointe aux autres éléments de preuve, peut indiquer l'objet véritable des textes.

b) *Le contexte et les circonstances*

L'adoption de la Loi et la prise du règlement, ainsi que les faits qui les ont précédés, ne justifient pas les assertions de l'appelante selon lesquelles le caractère véritable des textes législatifs se rapporte à la compétence de la province en matière de santé. Au contraire, ils corroborent la conclusion qu'ils visaient un objectif touchant le droit criminel.

(i) Le déroulement des faits

De toute évidence, ce qui a joué le rôle de catalyseur de l'action gouvernementale, ce sont la rumeur, puis l'annonce par le Dr Morgentaler de son intention d'ouvrir sa clinique. Le ministère public le concède. L'intimé représentait nettement, comme l'a conclu le juge du procès, un «mal» que les textes législatifs visaient à corriger. Le gouvernement a appris en janvier 1989 que le Dr Morgentaler avait l'intention d'ouvrir une clinique. Il a réagi en prenant, en mars, les règlements qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital et qui excluaient l'assurance-maladie à leur égard. Le but direct et exclusif de cette action était d'empêcher l'ouverture de la clinique du Dr Morgentaler et cela, personne ne le conteste.

Health made this clear upon announcing the regulations:

... Cabinet has today approved two new regulations relating to the provision of abortion services.

As all members know, it is not the policy of this government to endorse or support in any way the provision of these services through free-standing clinics or other facilities which do not fall within the category of an approved hospital.

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings* (March 16, 1989), at p. 1008.)

The March regulations singled out abortion, and the Morgentaler clinic in particular.

In May 1989, the March regulations were challenged in court by CARAL on the ground that they were unconstitutional: see *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)*, *supra*. Shortly before the date when that action was first to come on for hearing (June 22, 1989), and days before the close of the legislative session, the government introduced and rushed the Act through the House of Assembly. It was introduced on June 6 and received third and final reading and royal assent on June 15. The legislation was enacted in what can only be considered great haste. The Act, considered along with the services that were proposed to be designated, accomplished all the purposes of the March regulations. Yet instead of singling out abortion, it took the form of a general "floating" prohibition of the performance of medical services other than in a hospital, which would crystallize upon the designation of several services among which abortion was to be found. On July 20, 1989, the Executive Council made the *Medical Services Designation Regulation* and simultaneously revoked the March Regulations. I am in complete agreement with Freeman J.A.'s characterization of the course of events, at pp. 376-77, which I reproduce again here for convenience:

2. The "March regulations" were obviously aimed at Morgentaler clinics. Hon. David Nantes, Health Minister, made that clear when he announced them to the leg-

Le ministre de la Santé l'a bien précisé en annonçant les règlements:

[TRADUCTION] . . . le conseil des ministres a approuvé aujourd'hui deux nouveaux règlements concernant la fourniture de services d'avortement.

Comme tous les députés le savent, notre gouvernement n'a pas comme politique de sanctionner ni de soutenir de quelque façon que ce soit la fourniture de tels services dans des cliniques autonomes ou d'autres établissements qui n'entrent pas dans la catégorie des hôpitaux approuvés.

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings* (16 mars 1989), à la p. 1008.)

Les règlements de mars étaient dirigés contre l'avortement et surtout contre la clinique du Dr Morgentaler.

En mai 1989, l'ACDA a contesté devant les tribunaux la constitutionnalité des règlements de mars: voir *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)*, précité. Peu de temps avant la date où l'affaire devait être entendue (le 22 juin 1989) et quelques jours avant la clôture de la session parlementaire, le gouvernement a déposé le projet de loi et l'a fait adopter à toute vapeur. Il a été présenté le 6 juin et a reçu la troisième et dernière lecture et la sanction royale le 15 juin. La Loi a été édictée en grande hâte, chacun le reconnaîtra. Si l'on tient compte aussi des services devant être désignés, elle a permis d'atteindre tous les objectifs des règlements de mars. Et pourtant, au lieu de viser expressément l'avortement, elle a pris la forme d'une interdiction générale, «flottante», de la fourniture de services médicaux ailleurs que dans un hôpital, interdiction qui serait concrétisée au moment où seraient désignés certains services, dont l'avortement. Le 20 juillet 1989, le conseil exécutif a pris le *Medical Services Designation Regulation* et a révoqué en même temps les règlements de mars. Je suis tout à fait d'accord avec la description du déroulement des faits que donne le juge Freeman aux pp. 376 et 377 et je la reprends ici par souci de commodité:

2. Les «règlements de mars» visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Santé, l'a bien souligné quand il en a fait part à



islature . . . The *Medical Services Act* was presented to the legislature following a court challenge to the March regulations. It was introduced on June 6, 1989, and passed, with the appearance of last-minute haste, the day the House closed on June 15, 1989. The March regulations were encompassed by the *Medical Services Act* and its regulation. They were revoked, no longer necessary, on July 20, 1989, the day the regulation was passed under the *Medical Services Act*.

Neither the timing nor the overlap of subject matter can be viewed as coincidental. It is reasonable to infer, as did the trial judge, that the government believed that the new legislation would accomplish the purpose of the March regulations, and intended it to do so. The March regulations were the first response to Dr. Morgentaler's announcement, and the subsequent legislation was the continuation and consolidation of that response. Together they constituted a hastily devised plan aimed directly at ridding the province of Dr. Morgentaler and his proposed clinic. The course of events suggests that this purpose was the principal purpose of the legislation and contributes to the impression that privatization and quality assurance were only incidental concerns at best.

(ii) Hansard

I have reviewed the evidence of the legislative debates on the *Medical Services Act*, and have concluded that they give a clear picture of what the members of the House, both government and opposition, saw as being in issue. Both the trial judge and Freeman J.A. referred extensively to excerpts from Hansard. The following passage from the trial judge's reasons, at pp. 300-301, fairly captures the flavour of the proceedings:

During the debate at the time of second reading on June 12, 1989, the Opposition Health Critic, Sandra Jolly, says at page 4678:

" . . . It is a dilemma that is both complex and emotional and the Liberal caucus of Nova Scotia agrees with the Minister of Health and Fitness that the

l'assemblée législative [ . . . ] La *Medical Services Act* a été présentée à l'assemblée après que les règlements de mars eurent été attaqués en justice. Elle a été présentée le 6 juin 1989 et votée, à la hâte, semble-t-il, le jour de la clôture de la session le 15 juin 1989. Les règlements de mars étaient englobés dans la *Medical Services Act* et dans son règlement d'application. N'étant plus nécessaires, ils ont été abrogés le 20 juillet 1989, jour où a été pris le règlement en application de la *Medical Services Act*.

Ni le moment choisi ni le chevauchement des sujets ne sauraient être tenus pour fortuits. Il est raisonnable d'inférer, comme l'a fait le juge du procès, que le gouvernement croyait que les nouveaux textes législatifs permettraient d'atteindre l'objectif visé par les règlements de mars et que là était son intention. Les règlements de mars constituaient la première réponse à l'annonce faite par le Dr Morgentaler, et les textes législatifs ultérieurs ont été la suite et le renforcement de cette réponse. Ils formaient ensemble un plan dressé à la hâte et conçu expressément pour débarrasser la province du Dr Morgentaler et de son projet de clinique. La suite des faits semble indiquer que cet objectif était l'objet principal des textes législatifs et confirme l'impression que la privatisation et l'assurance de la qualité n'étaient tout au plus que des objets secondaires.

(ii) Le compte rendu officiel des débats

J'ai étudié la preuve des débats parlementaires relatifs à la *Medical Services Act* et j'en ai conclu que ceux-ci décrivent bien ce en quoi consistait la question pour les députés, tant du parti ministériel que de l'opposition. Le juge du procès et le juge Freeman ont tous les deux cité de larges extraits du Hansard. Le passage qui suit, tiré des motifs du juge du procès, aux pp. 300 et 301, rend bien l'atmosphère des débats:

[TRADUCTION] Durant le débat en deuxième lecture le 12 juin 1989, la porte-parole de l'opposition pour les questions de santé, Sandra Jolly, a dit, à la page 4678:

« . . . C'est un dilemme qui est à la fois complexe et chargé d'émotion, et le groupe parlementaire libéral de la Nouvelle-Écosse convient avec le ministre de la

Morgentaler clinic should not be set up in this province. I want to make that point very clear. (Applause)

“The Liberal caucus is of the opinion that it is unnecessary for the clinic to come to Nova Scotia, so in that part of the bill, we do agree with the current government. We are in agreement and we have stated that right from the very beginning, that we do not feel that the clinic is required here. What concerns me is that the government has very hurriedly put together this legislation, and what they are doing is not only trying to work at keeping the Morgentaler clinic out, but we really do see it as a regression or a step backwards in regard to medical services for the people of Nova Scotia.”

The Opposition critic went on at length expressing concerns about the broad implications of the Bill.

When the Minister of Health had a chance to respond, he states: (at page 4716):

“I heard the most weak-kneed, weak-hearted support for the question of the control of free-standing abortion clinics that I heard yet in this entire session of the Legislature. It was always the Liberal caucus that has this position, we have this position. Well, I am going to make mine personal and say I, as the Minister of Health and I, as an MLA, am not supportive of free-standing abortion clinics.” (Applause)

On June 5, 1989, the day before the proposed *Act* was introduced in First Reading, the Minister of Health and Fitness, in discussions concerning the budget estimates for the Department of Health said at p. 785:

“... we have adopted a policy as government that we are not going to be supportive [of free-standing abortion clinics] and we will do everything in our effort to stop them. That is what we have said and that is what we are doing, if we need more steps, if we have to take more steps, we are going to take them. I am going to be carrying out that policy at the direction of my government and I am going to be supportive of that policy.”

Freeman J.A. made reference, among others, to the following excerpts, at pp. 375-76:

Paul MacEwan, member for Cape Breton Nova, said:

Santé et de la Condition physique que la clinique du Dr Morgentaler ne doit pas être implantée dans cette province. Je tiens à le préciser.» (Applaudissements)

«Le groupe parlementaire libéral est d'avis qu'il n'est pas nécessaire que cette clinique soit ouverte en Nouvelle-Écosse; nous sommes donc d'accord avec le gouvernement actuel quant à cette partie du projet de loi. Nous sommes d'accord et cela nous l'avons dit dès le tout début, nous croyons que nous n'avons pas besoin de cette clinique. Ce qui m'inquiète, c'est que le gouvernement ait préparé à la hâte ce texte de loi, et ce qu'il fait, c'est non seulement tenter d'empêcher l'établissement de la clinique de Morgentaler, mais encore, en réalité, à notre sens, rétrograder ou faire un pas en arrière en ce qui concerne les services médicaux offerts aux habitants de la Nouvelle-Écosse.»

La porte-parole de l'opposition a exposé en long et en large les inquiétudes que suscitaient les vastes conséquences du projet de loi.

Lorsqu'il a eu l'occasion d'y répondre, le ministre de la Santé a dit ceci (à la page 4716):

«J'ai entendu l'appui le plus lâche, le moins senti, sur la question de la lutte contre les cliniques d'avortement autonomes, que j'aie entendu jusqu'ici durant toute la session. Cela a toujours été la position du groupe parlementaire libéral, c'est notre position. Eh bien! Je vais prendre position personnellement. Je dis, à titre de ministre de la Santé et à titre de député, que je ne suis pas en faveur des cliniques d'avortement autonomes.» (Applaudissements)

Le 5 juin 1989, le jour précédant la présentation du projet de loi en première lecture, le ministre de la Santé et de la Condition physique a dit, lors de discussions sur les prévisions de dépenses du ministère de la Santé, à la p. 785:

«... suivant la position qu'a prise notre gouvernement, nous sommes contre [les cliniques d'avortement autonomes] et nous ferons tout notre possible pour en empêcher l'établissement. C'est ce que nous avons dit et c'est ce que nous faisons; s'il faut, si nous devons prendre d'autres mesures, nous les prendrons. Je vais donner suite à cette position selon les directives de mon gouvernement et je vais appuyer cette position.»

Le juge Freeman s'est référé notamment aux extraits suivants, aux pp. 375 et 376:

[TRADUCTION] Paul MacEwan, député de Cape Breton Nova, a dit:

“So certainly, you know, if this government wants to pose as being the great champion of those that want to keep Mr. Morgentaler out of Nova Scotia, let it be noted that it was the very last thing that they thought of before they adjourned the House for the year . . .” *a*

“Now we are led to believe that this is a bill that is not really just to restrict the privatization of medical services, whatever that is, but it is a bill to make it impossible or to make it unlikely I suppose that the abortion clinic that Morgentaler wants to establish can be set up . . .” *b*

Following the remarks by members of opposition parties Mr. Nantes spoke again:

“I do not think you can play both sides of this issue. You cannot criticize the health care system and say, we do it all wrong and talk about clinics and all that sort of thing without coming out on this particular element. Do you support or do you not support a free-standing abortion clinic? I want you to know that not only can I speak personally, but also, I think we represent the consensus and overwhelming view of this side of the legislature. (Applause)” *d*

“I think I am even prepared to go a little further and say that I do think it represents the majority view of quite a number of members on the other side of the house, also.” (Applause) *f*

The Hansard evidence demonstrates both that the prohibition of Dr. Morgentaler’s clinic was the central concern of the members of the legislature who spoke, and that there was a common and emphatically expressed opposition to free-standing abortion clinics *per se*. The Morgentaler clinic was viewed, it appears, as a public evil which should be eliminated. The concerns to which the appellant submits the legislation is primarily directed — privatization, cost and quality of health care, and a policy of preventing a two-tier system of access to medical services — were conspicuously absent throughout most of the legislative proceedings. They were emphasized by the Minister, Mr. Nantes, on moving second reading of the bill on June 12, 1989. This does not, however, in my view, detract significantly from the overall impression left by the debates. *g*

«Alors, bien sûr, vous savez, si ce gouvernement veut se faire passer pour le grand champion de ceux qui veulent empêcher le Dr Morgentaler de s’établir en Nouvelle-Écosse, remarquez que c’est la dernière chose à laquelle ils pensaient quand ils ont ajourné pour l’année . . .»

«Maintenant, on veut nous faire croire que c’est un projet de loi qui, en réalité, ne vise pas seulement à limiter la privatisation des services médicaux, quel que soit ce qu’on veut dire par là, mais qui rend impossible ou improbable, je suppose, l’établissement de la clinique que veut ouvrir Morgentaler . . .»

Après que les députés des partis d’opposition eurent fait des observations, M. Nantes a repris la parole: *c*

«Je ne pense pas que l’on puisse jouer sur les deux tableaux. Vous ne pouvez pas critiquer le système de santé et dire que tout va de travers, puis parler de cliniques et tout ça, sans vous prononcer sur cette question particulière. Êtes-vous pour ou contre une clinique d’avortement autonome? Je veux que vous sachiez que, non seulement je peux parler pour ma part, mais encore je pense que nous représentons le consensus et le point de vue d’une majorité écrasante des députés de ce côté-ci de la Chambre.» (Applaudissements) *e*

«Je pense que je suis même prêt à aller plus loin et à dire que je crois représenter aussi l’opinion d’une forte majorité des députés de l’autre côté de la Chambre.» (Applaudissements)

La preuve du Hansard montre, d’une part, que l’interdiction de la clinique du Dr Morgentaler était la préoccupation centrale des députés qui ont pris la parole et, d’autre part, que les cliniques d’avortement autonomes en tant que telles ont fait l’objet d’une opposition commune et catégorique. La clinique Morgentaler était considérée, apparemment, comme un fléau public qu’il fallait éliminer. Les préoccupations auxquelles ces textes législatifs se rapportaient principalement, d’après l’appelante, — privatisation, coût et qualité des soins, opposition à l’instauration d’un système de santé à deux niveaux — ont visiblement été absentes durant la presque totalité des débats. Le ministre, M. Nantes, les a fait valoir quand il a proposé la deuxième lecture du projet de loi le 12 juin 1989. Cela, à mon sens, n’atténue cependant pas beaucoup l’impression générale produite par les débats. *h*

Of course, one must be mindful of the limited use to which such evidence can be put, as I discussed earlier. To quote Kennedy Prov. Ct. J., at first instance, at p. 301:

I recognize that it would be folly for a court to conclude that everything that is said in a political forum has meaning in relation to the characterization of the legislation produced by that body.

Nonetheless, I see no reason to interfere with Freeman J.A.'s assessment of the tone of the proceedings, at p. 367:

One need not look beyond the pages of Hansard . . . to realize the sense of moral outrage of representatives in the House of Assembly engendered by the prospect of Morgentaler clinics in Nova Scotia. Moral considerations attach not only to the performance of abortions, but to where they are performed and under what circumstances.

The appellant argues that even if the object of the legislation was to suppress free-standing abortion clinics on grounds of public morals, this is not fatal to provincial jurisdiction. Although there has been some recognition of a provincial "morality" power, it is clear that the exercise of such a power must be firmly anchored in an independent provincial head of power: *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick*, *supra*, at pp. 71-80; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; R. Pepin, "Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique" (1988), 19 R.G.D. 865; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 364.

While legislation which authorizes the establishment and enforcement of a local standard of morality does not *ipso facto* "invade the field of criminal law" (see *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, *supra*, at pp. 691-92), it cannot be denied that interdiction of conduct in the interest of public morals was and remains one of the classic ends of the criminal law, as established in the

Bien entendu, on ne doit pas oublier que l'utilisation qu'on peut faire d'une telle preuve est restreinte, comme nous l'avons déjà vu. Pour reprendre les paroles du juge Kennedy de la Cour provinciale, en première instance, à la p. 301:

[TRADUCTION] Je reconnais que ce serait de la folie, de la part d'un tribunal, de conclure que tout ce qui se dit à une tribune politique a une signification relativement à la qualification d'une loi conçue par le corps politique en cause.

Néanmoins, je ne vois aucune raison de modifier l'évaluation que fait le juge Freeman de l'ambiance de la Chambre, à la p. 367:

[TRADUCTION] On n'a pas besoin d'aller au-delà des pages du Hansard [. . .] pour se rendre compte de l'indignation provoquée parmi les députés à la Chambre par la possibilité de l'ouverture de cliniques Morgentaler en Nouvelle-Écosse. Des considérations morales se rattachent non seulement au fait de pratiquer un avortement, mais encore au lieu où il est pratiqué et à ses circonstances.

L'appelante soutient que, même si le but des textes législatifs était de supprimer les cliniques d'avortement autonomes pour des raisons de morale sociale, cela ne porte pas un coup fatal à la question de la compétence de la province. Certes, on a reconnu une certaine autorité aux provinces en matière de «bonnes mœurs», mais, de toute évidence, l'exercice d'un tel pouvoir doit être solidement ancré dans un chef de compétence provincial distinct: *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 71 à 80; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; R. Pepin, «Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique» (1988), 19 R.G.D. 865; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 364.

Bien qu'une loi permettant d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité ne soit pas nécessairement «un empiétement dans le domaine du droit criminel» (voir l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, aux pp. 691 et 692), on ne peut pas nier que l'interdiction d'un acte dans l'intérêt de la morale publique était et reste l'une des fins classiques du droit criminel, comme

*Margarine Reference*, *supra*, at p. 50: see *Westendorp v. The Queen*, *supra*, and *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, at pp. 148-49.

As Wilson J. recognized in *Morgentaler* (1988), *supra*, at p. 171, a woman's decision to have an abortion is "profound[ly] social and ethical;" indeed it is "essentially a moral decision" (cf. M. L. McConnell, "Even by Commonsense Morality": *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada*" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 765, at p. 766) and it seems clear to me that the present legislation, whose primary purpose is to prohibit abortions except in certain circumstances, treats of a moral issue.

In view of the foregoing, there is a strong inference that the purpose of the legislation and its true nature relate to a matter within the federal head of power in respect of criminal law. In order to determine whether this is its dominant purpose or characteristic, it is necessary to compare the above indicia of federal subject matter with indications of provincial objectives.

### (iii) Searching for Provincial Objectives

At trial the appellant presented evidence that the Act's objectives were to prevent privatization and the consequent development of a two-tier system of medical service delivery, to ensure the delivery of high-quality health care, and to rationalize the delivery of medical services so as to avoid duplication and reduce public costs. The principal Crown witness on these points, John Malcom, the Health Department Administrator, testified that Nova Scotia's health care system evolved around the public hospital and that there have never been private, "for-profit" medical clinics in the province. He said that Nova Scotia has a policy of equal access to health care services, and that duplication of health care services creates a two-tier system. Moreover, his evidence was that rationalization of

l'a établi le *Renvoi sur la margarine*, précité, à la p. 50: voir *Westendorp c. La Reine*, précité, et *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, aux pp. 148 et 149.

Comme le juge Wilson l'a reconnu dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, à la p. 171, la décision que prend une femme de se faire avorter est «profondément d'ordre social et éthique»; en fait, elle constitue [TRADUCTION] «essentiellement une décision d'ordre moral» (voir M. L. McConnell, «Even by Commonsense Morality»: *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada* (1989), 68 *R. du B. can.* 765, à la p. 766), et il me semble clair que les textes législatifs en l'espèce, dont l'objet premier est d'interdire l'avortement sauf dans certaines circonstances, portent sur une question morale.

Vu ce qui précède, il y a de fortes raisons d'inférer que l'objet des textes et leur nature véritable concernent une matière relevant de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Pour déterminer si c'est là son objet ou sa caractéristique prédominants, il est nécessaire de comparer les indices mentionnés ci-dessus qui permettent de conclure à une matière ressortissant au pouvoir fédéral et les signes révélateurs d'objectifs relevant de la compétence des provinces.

### (iii) L'identification des objectifs de la province

Au procès, l'appelante a produit des éléments de preuve tendant à établir que les objectifs de la Loi étaient d'empêcher la privatisation et l'instauration d'un système de santé à deux niveaux qui en résulterait, d'assurer le maintien d'un système de santé de qualité supérieure, et de rationaliser la prestation des services médicaux de façon à éviter qu'ils ne fassent double emploi et à réduire les dépenses publiques. John Malcom, administrateur du ministère de la Santé et principal témoin cité par le ministère public sur ces points, a témoigné que le développement du système de santé de la Nouvelle-Écosse avait été axé exclusivement sur les hôpitaux publics et qu'il n'y avait jamais eu de cliniques privées, «à but lucratif», dans la province. Il a dit que la Nouvelle-Écosse avait une politique

health care services was the most cost-effective approach.

It may be that this evidence represented the policy of the government of Nova Scotia at one time. The respondent correctly pointed out, however, that this evidence was not established at trial to have been the basis for the impugned legislation. Indeed, Kennedy Prov. Ct. J. considered the evidence and found that any privatization concerns were "incidental to the paramount purpose of the legislation" (at p. 302). I see no good reason to question this finding.

First, as to the health and safety of women and the argument that the in-hospital requirement was enacted because of a concern over quality assurance, there is no evidence in the record to indicate that abortions performed in clinics like Dr. Morgentaler's pose any danger to the health of women. Counsel conceded that the quality of medical service in free-standing abortion clinics is comparable to that available in hospitals. I also note that in *Morgentaler (1988)*, *supra*, Beetz J. held that studies, experience and expert evidence established that abortions can safely be performed in clinics and that the in-hospital requirement was no longer justified from a medical point of view. Since the appellant agrees that the quality of medical service in clinics is comparable to that in hospitals, the argument that the legislation was directed at quality assurance and women's health and safety is deprived of any force.

Second, the government did not express concerns about privatization in relation to this legislation or the March regulations until the Act was moved for second reading. Again, I would adopt

d'égalité d'accès aux soins de santé et que des services qui font double emploi aboutissent à un système de santé à deux niveaux. De plus, il a témoigné que la rationalisation des services de santé était le procédé le plus économique.

Il se peut que cette preuve témoigne de la position du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à une époque donnée. L'intimé a cependant souligné avec raison que l'on n'avait pas établi au procès que cette position ait été le fondement des textes législatifs attaqués. En fait, le juge Kennedy de la Cour provinciale a étudié la preuve et conclu que les préoccupations relatives à la privatisation étaient [TRADUCTION] «accessoires à l'objectif primordial des textes législatifs» (à la p. 302). Je ne vois aucune bonne raison de mettre en doute cette conclusion.

Premièrement, en ce qui a trait à la santé et à la sécurité des femmes et à l'argument que l'obligation de pratiquer les avortements dans un hôpital a été insérée pour des raisons tenant à l'assurance de la qualité, aucun élément de preuve versé au dossier n'indique que les avortements pratiqués dans des cliniques comme celle du Dr Morgentaler mettent en danger la santé des femmes. L'avocat a concédé que la qualité des services médicaux dans les cliniques d'avortement autonomes était comparable à celle observée dans les hôpitaux. Je note en outre que dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*, précité, le juge Beetz a conclu que des études, l'expérience et les dépositions d'experts avaient établi que les avortements peuvent être pratiqués sans danger dans des cliniques et que l'obligation de les pratiquer dans un hôpital n'était plus justifiée du point de vue médical. Comme l'appelante convient que la qualité des services médicaux dans les cliniques est comparable à celle qui existe dans les hôpitaux, l'argument que les textes législatifs visaient l'assurance de la qualité et la santé et la sécurité des femmes perd toute sa force.

Deuxièmement, ce n'est qu'à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi que le gouvernement a fait part de son inquiétude au sujet de la privatisation, que ce soit par rapport à ces textes ou

Freeman J.A.'s statement of the relevant facts, at pp. 376-77:

1. Privatization of medical services had not been enunciated as a government objective prior to the introduction of the *Medical Services Act*. It was not mentioned in the Throne Speech on February 23, 1989. The Throne Speech did say that a Royal Commission Report was being awaited. The order-in-council establishing the Royal Commission made no reference to privatization.

3. In explaining the desirability of avoiding the pitfalls of privatization, the Crown relied heavily on economic considerations. The report of the Royal Commission on Health Costs was being awaited, as the Throne Speech noted. In passing the *Medical Services Act* on June 15, 1989, the legislature elected to do so without the benefit of observations or recommendations by the Royal Commission . . . .

On February 23, 1989, just three weeks before the adoption of the March regulations, the Throne Speech was delivered. Although it discussed health care policy, it made no mention of a policy with respect to privatization. As Freeman J.A. observes, it did refer to the Royal Commission on Health Care, which had been established in 1987 to undertake a thorough examination of the province's health care system. The Throne Speech indicated that the government was awaiting the Commission's report.

That report was delivered in December 1989. Its recommendations were inconsistent with a policy of opposing privatization. It recommended, *inter alia*, moving as many services as possible out of hospitals and minimizing the length of hospital stays, in order to reduce public health care costs. It stated, in part, that while institutions should continue to be the focal points of health care delivery in Nova Scotia:

aux règlements de mars. Encore une fois, j'adopte l'exposé que fait le juge Freeman des faits pertinents, aux pp. 376 et 377:

1. Avant le dépôt du projet de la *Medical Services Act*, le gouvernement n'avait pas précisé que son objectif était la privatisation des services médicaux. Il n'a pas été question de cet objectif dans le discours du Trône du 23 février 1989. On y mentionnait qu'on attendait la publication du rapport d'une commission royale d'enquête. Le décret constituant cette commission ne fait aucunement allusion à la privatisation.

3. Pour expliquer pourquoi il était souhaitable d'éviter les embûches de la privatisation, le ministère public a insisté sur des considérations économiques. Le rapport de la commission royale d'enquête sur les coûts des soins de santé était attendu, comme le signalait le discours du Trône. En adoptant la *Medical Services Act* le 15 juin 1989, l'assemblée a choisi d'aller de l'avant sans avoir eu l'avantage de prendre connaissance des observations ou des recommandations de la commission royale d'enquête . . . .

Le 23 février 1989, seulement trois semaines avant l'adoption des règlements de mars, un discours du Trône a été présenté. Bien qu'il ait traité de politique de la santé, on n'y trouve aucune mention de politique en matière de privatisation. Comme l'a fait observer le juge Freeman, le discours parle effectivement de la commission royale d'enquête sur les soins de santé, qui avait été désignée en 1987 et chargée d'effectuer une étude approfondie du système de santé de la province. On signalait dans le discours du Trône que le gouvernement attendait la publication du rapport de la commission.

Ce rapport a paru en décembre 1989. Les recommandations qu'il contient sont inconciliables avec une politique d'opposition à la privatisation. On y recommande, entre autres, de fournir le plus possible de services ailleurs que dans les hôpitaux et de réduire au minimum la durée de l'hospitalisation, afin de diminuer les dépenses publiques au chapitre de la santé. On y lit notamment que, bien que les établissements doivent continuer de représenter l'axe privilégié de la fourniture des soins de santé en Nouvelle-Écosse:

... there is increasing understanding that many health care services can be provided safely and appropriately outside of institutional settings.

John Malcom, the Crown health care policy expert, testified, on cross-examination, that the directions enunciated in the report were consistent with the approach the Department of Health had been taking. The Throne Speech of 1990, delivered two months after the report, discussed the report, and again — understandably, in light of the Commission's recommendations — made no mention of a policy of opposing the private delivery of health care services.

Third, it is significant that there is no evidence of any prior study or consultation regarding the cost-effectiveness or quality of medical services delivered in private clinics. Again, Freeman J.A.'s words, at p. 377, are apropos and I repeat them for convenience:

5. The Department of Health had been engaged in discussions with the Medical Society of Nova Scotia to have more health care services delivered outside of hospitals. The Medical Society was not consulted about the Act prior to its introduction. The evidence suggests the Act runs counter to the direction of the talks.

The Medical Society was not consulted until after the legislation was introduced, and then only to discuss the services to be designated. This would not be particularly significant on its own, but, according to the evidence of Dr. Vincent Audain, who was the president of the Medical Society at the relevant time, the Medical Society had been engaged in discussions with government toward moving more health care services outside hospitals. Dr. Audain learned of the Act through a telephone message the day the bill was introduced. He testified that the Society was perturbed by this unexpected action and suspected that the motive behind it was the "abortion issue". The Society passed a resolution, which it communicated to the government, condemning the legislation on the basis that it would have a negative impact on the

[TRADUCTION] ... on se rend compte de plus en plus que beaucoup de services de santé peuvent être fournis sans danger et adéquatement à l'extérieur des établissements hospitaliers.

<sup>a</sup> John Malcom, l'expert cité par le ministère public quant à la politique de la santé, a témoigné, au cours de son contre-interrogatoire, que les orientations énoncées dans le rapport allaient dans le sens des vues du ministère de la Santé. Le discours du Trône de 1990, lu deux mois après la publication du rapport, traite du rapport et, une fois de plus — cela se comprend étant donné les recommandations de la commission — ne fait aucunement mention d'une politique d'opposition aux services de santé privés.

<sup>d</sup> Troisièmement, il est révélateur qu'aucun élément de preuve n'établit que des études ou une consultation aient été faites auparavant au sujet du rapport coût/efficacité ou de la qualité des services médicaux fournis dans les cliniques privées. Encore une fois, les remarques du juge Freeman, à la p. 377, sont à propos et je les reprends par souci de commodité:

5. Le ministère de la Santé avait discuté avec l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse de la possibilité de fournir davantage de soins de santé ailleurs que dans les hôpitaux. L'ordre des médecins n'a pas été consulté au sujet de la Loi avant qu'elle n'ait été déposée. Les témoignages semblent indiquer que la Loi ne va pas dans le même sens que les pourparlers.

<sup>g</sup> L'ordre des médecins n'a pas été consulté avant la présentation du projet de loi et la consultation n'a porté ensuite que sur les services à désigner. Cet élément ne serait pas particulièrement révélateur en soi, mais, d'après le témoignage du Dr Vincent Audain, qui était président à l'époque en cause, l'ordre des médecins était en train de discuter avec le gouvernement de la possibilité d'autoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services de santé à l'extérieur des hôpitaux. Le Dr Audain a appris l'existence du projet de loi par un message téléphonique le jour de sa présentation. Il a témoigné que l'ordre avait appris avec inquiétude cette action inattendue et qu'il avait soupçonné qu'elle s'expliquait par la «question de l'avortement». L'ordre a adopté une résolution, qu'il a transmise au gouvernement, désavouant la loi



delivery of medical care, would add to the cost of hospital care and conflict with emerging technological advances in medicine. The legislation was seen to contradict the government's stated policy goals of moving more services outside hospitals. Furthermore, according to Dr. Audain, when the Medical Society was consulted in June 1989 as to the medical services to be designated, the restriction of abortion was non-negotiable.

Although the Crown's expert witness, Mr. Malcom, testified as to the adequacy of access to abortion in Nova Scotia, no studies or consultation on the delivery of, access to, or cost-effectiveness of abortion services in hospitals or clinics were conducted, and the Crown relied at trial on dated statistical evidence as to the adequacy of existing facilities. The appellant argued, on the basis of Mr. Malcom's opinion evidence, that quality assurance is best ensured through the Canadian Council on Hospital Accreditation. There is no evidence, however, that the government had inquired into either the quality of services provided in hospitals *vis-à-vis* clinics or the existence of standards for the delivery of abortion services.

The appellant refers to a meeting of the House of Assembly's Committee on Community Services at the abortion unit of the Victoria General Hospital ("VGH"), in Halifax, on May 30, 1989, as evidence of prior consultation. Eighty-three per cent of all abortions performed in Nova Scotia are performed at this hospital. The topic of the meeting was the VGH's termination of pregnancy unit. The Committee met with the head of the gynaecology department, the head of the abortion unit and the charge nurse of the ambulatory care unit. The head of the abortion unit said that in his view Nova Scotia adequately met its own abortion needs and a Morgentaler clinic was unnecessary; however, he

parce qu'elle aurait des répercussions négatives sur la fourniture des services médicaux, qu'elle ferait augmenter les frais d'hospitalisation et qu'elle serait inconciliable avec les progrès techniques en médecine. Les textes législatifs étaient perçus comme contraires à la politique que le gouvernement avait énoncée, c'est-à-dire favoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services à l'extérieur des hôpitaux. Par surcroît, selon le Dr Audain, quand l'ordre des médecins a été consulté en juin 1989 au sujet de la liste des services médicaux à désigner, la limitation des avortements n'était pas négociable.

Quoique le témoin expert cité par le ministère public, M. Malcom, ait attesté que l'accès à l'avortement était adéquat en Nouvelle-Écosse, aucune étude ni consultation n'a été menée quant à la fourniture, à l'accès ou au rapport coût/efficacité des services d'avortement fournis dans les hôpitaux et dans les cliniques, et le ministère public s'est fondé au procès sur des statistiques qui dataient pour prouver que les installations existantes étaient suffisantes. Invoquant le témoignage d'expert de M. Malcom, l'appelante a soutenu qu'il valait mieux laisser au Conseil canadien d'agrément des hôpitaux le soin de veiller à l'assurance de la qualité. Toutefois, rien ne prouve que le gouvernement ait effectué une étude sur la qualité des services fournis dans les hôpitaux en comparaison de ceux fournis dans les cliniques ou sur l'existence de normes applicables à la fourniture des services d'avortement.

Pour prouver qu'une consultation a bien eu lieu, l'appelante fait mention d'une réunion du comité des services communautaires de la Chambre qui s'est tenue au service des avortements de l'hôpital Victoria General («l'hôpital») à Halifax, le 30 mai 1989. Quatre-vingt-trois pour cent des avortements pratiqués en Nouvelle-Écosse le sont dans cet hôpital. Le sujet de la réunion était le service d'interruption des grossesses de l'hôpital. Le comité a rencontré le chef du service de gynécologie, le chef du service des avortements et l'infirmière responsable de l'unité des soins ambulatoires. Le chef du service des avortements a dit qu'à son avis, la Nouvelle-Écosse répondait de manière adéquate à

also said that such a clinic would serve all the Atlantic provinces. The three guests generally praised the efficiency and safety of existing abortion services, although it was revealed that average delays at the VGH were from a week to ten days, the medical staff willing to perform abortions at the hospital had fallen from ten to five, the quarters were cramped, and the greatest concern was a lack of information and counselling for both patients and doctors. Little hard data was provided. The meeting, indeed, seems to have provided more of a political platform for the expression of the views of the politicians on the committee than a forum for consultation and fact-finding regarding the issues the legislation was purported to address.

The lack of prior study or consultation is not raised to show that the province acted indiscreetly or ineffectually in pursuing provincial objectives, but rather to indicate that the evidence simply does not support the submission that these provincial objectives were the basis for the legislative action in question.

Another factor I consider relevant is that the "cost-effectiveness" rationale appears to be divorced from reality. Dr. Morgentaler's clinic will not represent a direct increase in the cost to the province of the provision of health care services. The parties dispute the actual cost of abortion services in and out of hospitals, but I do not propose to enter into that argument. In response to questions from the bench, appellant's counsel agreed that the fee paid to the respondent in respect of abortion services would be the same as that provided to a doctor who performed an abortion in a hospital. Consequently the establishment of an abortion clinic would not result in an increased direct cost to the province in the form of doctors' fees. The appellant's argument, as developed through Mr. Malcom's evidence, was that the duplication of services would lower the number of

ses propres besoins au chapitre de l'avortement et qu'une clinique Morgentaler était inutile; toutefois, il a également dit qu'une telle clinique recevrait des patientes de toutes les provinces Atlantiques. Les trois invités ont loué en général l'efficacité et la sécurité des services d'avortement existants, encore qu'on ait révélé que les délais moyens à l'hôpital allaient d'une semaine à dix jours, que le nombre de médecins disposés à pratiquer des avortements à l'hôpital était passé de dix à cinq, qu'on y était à l'étroit et que le principal sujet d'inquiétude était l'insuffisance des ressources d'information et de counselling à la disposition des patientes et des médecins. Peu de données précises ont été communiquées. En effet, la réunion semble avoir été davantage une tribune politique permettant aux politiciens membres du comité d'exprimer leur opinion qu'un moyen de tenir une consultation et d'enquêter sur les questions que la législation était censée viser.

Si je mets en relief l'insuffisance des études ou de la consultation antérieures, ce n'est pas pour montrer que les moyens pris par la province pour atteindre ses objectifs ont été imprudents ou inefficaces, mais plutôt pour indiquer que la preuve n'étaye simplement pas l'argument que ces objectifs de la province formaient la raison d'être de l'action législative en cause.

Un autre facteur que j'estime pertinent c'est que l'argument fondé sur le rapport coût/efficacité semble être contredit par la réalité. La clinique du Dr Morgentaler n'entraînera pas de hausse directe du coût des services de santé supporté par la province. Les parties ne s'entendent pas sur le coût réel des services d'avortement selon qu'ils sont fournis dans les hôpitaux ou ailleurs, mais je n'ai pas l'intention de me lancer dans ce débat. En réponse à des questions posées par le juge, l'avocat de l'appelante a convenu que les honoraires versés à l'intimé pour les services d'avortement étaient égaux à ceux touchés par un médecin qui pratique un avortement à l'hôpital. Par conséquent, l'établissement d'une clinique d'avortement ne provoquerait pas d'augmentation directe des coûts supportés par la province au titre des honoraires des médecins. S'appuyant sur le témoignage de M.

abortions performed in hospitals and eventually lead to an increase in the cost per procedure. The evidence did not establish, however, that the erosion in the number of abortions performed in hospitals would be great enough to have this effect.

A fifth consideration is the list of designated medical services itself. There is no apparent link between the different services. The only common denominator suggested by the appellant is that the government anticipated that these services might be attractive to private facilities. The appellant argued at trial and maintained before us, however, that the government's policy was to oppose the performance of any and all surgical procedures outside hospital. If that were the case, one might wonder why the Act did not prohibit the performance of surgical procedures generally outside a hospital. Designating nine apparently unrelated procedures does not accomplish this purpose.

If the means employed by a legislature to achieve its purported objectives do not logically advance those objectives, this may indicate that the purported purpose masks the legislation's true purpose. In *Westendorp v. The Queen, supra*, Laskin C.J. held that it was specious to regard a by-law which prohibited street prostitution as relating to control of the streets, since if that were its true purpose, "it would have dealt with congregation of persons on the streets or with obstruction, unrelated to what the congregating or obstructing persons say or otherwise do" (at p. 51). Here, one would expect that if the province's policy were to prohibit the performance of any surgical procedures outside hospitals, the legislation would have simply done so.

Finally, although I put little weight on this factor, I agree with both courts below that the relatively severe penalties provided for by the Act are

Malcom, l'appelante a fait valoir que, puisque les services feraient double emploi, moins d'avortements seraient pratiqués à l'hôpital et, à la longue, le coût unitaire s'accroîtrait. La preuve n'a toutefois pas montré que la diminution du nombre d'avortements pratiqués dans les hôpitaux serait suffisante pour produire cet effet.

Un cinquième élément qui entre en ligne de compte est la liste des services médicaux elle-même. Il n'y a pas de lien apparent entre les différents services. Le seul dénominateur commun suggéré par l'appelante est que le gouvernement prévoyait que ces services pourraient être jugés intéressants par des exploitants d'établissements privés. L'appelante a cependant soutenu au procès et devant nous que la position du gouvernement était de s'opposer à ce que toute opération chirurgicale soit pratiquée ailleurs que dans un hôpital. Si tel était le cas, on peut se demander pourquoi la Loi n'a pas interdit, de façon générale, l'exécution des interventions chirurgicales ailleurs que dans un hôpital. Désigner neuf interventions apparemment sans rapport entre elles ne permet pas d'atteindre cet objectif.

Si les moyens employés par une assemblée législative pour atteindre ses prétendus objectifs ne vont pas logiquement dans le sens de ces objectifs, cela peut indiquer que le prétendu objet de la loi masque son objet véritable. Dans l'arrêt *Westendorp c. La Reine*, précité, le juge en chef Laskin conclut que c'est par un raisonnement spécieux qu'on peut dire qu'un règlement interdisant la prostitution dans les rues se rapporte au bon ordre dans la rue, parce que si c'était là le but visé par le règlement, «il traiterai des rassemblements de personnes dans la rue ou de l'encombrement des rues, indépendamment de ce que disent ou font les personnes ainsi rassemblées» (à la p. 51). En l'espèce, on s'attendrait à ce que, si la politique de la province consistait à interdire l'exécution de toute intervention chirurgicale ailleurs que dans un hôpital, les textes législatifs l'auraient simplement interdite.

Pour terminer, bien que j'accorde peu de poids à ce facteur, je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire que la sévérité rela-

relevant to its constitutional characterization. Section 6(1) of the Act prescribes fines of \$10,000 to \$50,000 for each infraction of the Act. Kennedy Prov. Ct. J. and Freeman J.A. considered the relative severity of the fines as one indication that the fines were not simply measures to enforce a regulatory scheme, but penalties to punish abortion clinics as inherently wrong. Of course, s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867* allows the provinces to impose punishment to enforce valid provincial law, and the mere addition of penal sanctions to an otherwise valid provincial legislative scheme does not make the legislation criminal law: *Smith v. The Queen*, *supra*, at p. 800; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, *supra*, at p. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 965. However, the unusual severity of penalties may be taken into account in characterizing legislation: *Westendorp v. The Queen*, *supra*, at p. 51.

#### D. Conclusion

##### (1) Pith and Substance

This legislation deals, by its terms, with a subject historically considered to be part of the criminal law — the prohibition of the performance of abortions with penal consequences. It is thus suspect on its face. Its legal effect partially reproduces that of the now defunct s. 251 of the *Criminal Code*, in so far as both precluded the establishment and operation of free-standing abortion clinics. Its legislative history, the course of events leading up to the Act's passage and the making of N.S. Reg. 152/89, the Hansard excerpts and the absence of evidence that privatization and the cost and quality of health care services were anything more than incidental concerns, lead to the conclusion that the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation* were aimed primarily at suppressing the perceived public harm or evil of abortion clinics. The legislation meets the tests set out in the *Margarine Reference*, *supra*, and of

tive des peines prévues par la Loi est pertinente par rapport à sa qualification constitutionnelle. Le paragraphe 6(1) de la Loi impose des amendes de 10 000 \$ à 50 000 \$ à l'auteur d'une infraction. Le juge Kennedy de la Cour provinciale et le juge Freeman de la Cour d'appel ont estimé que la sévérité relative des amendes constituait une indication que celles-ci n'étaient pas simplement des mesures destinées à mettre en application un régime réglementaire, mais qu'elles visaient à punir l'ouverture de cliniques d'avortement, tenue pour intrinsèquement répréhensible. Bien entendu, le par. 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les provinces à infliger des peines pour appliquer des lois provinciales valides, et le simple fait d'assortir de sanctions pénales un régime provincial par ailleurs valide n'en fait pas une loi touchant le droit criminel: *Smith c. The Queen*, précité, à la p. 800; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, à la p. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 965. Toutefois, la sévérité exceptionnelle des peines peut être prise en considération au regard de la qualification de la législation: *Westendorp c. La Reine*, précité, à la p. 51.

#### D. Conclusion

##### f (1) Le caractère véritable

Les textes législatifs en l'espèce portent, de par leurs termes, sur un sujet qui a, par le passé, été tenu pour une question touchant le droit criminel — l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales. Ils sont donc suspects à première vue. Leur effet juridique reprend en partie celui de l'art. 251 du *Code criminel* maintenant inopérant, dans la mesure où les deux dispositions interdisent l'établissement et les activités de cliniques d'avortement autonomes. L'historique des textes, le déroulement des faits jusqu'à l'adoption de la Loi et jusqu'à la prise du règlement N.S. Reg. 152/89, les extraits du Hansard et l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité des services de santé étaient davantage que des préoccupations accessoires, tout cela m'amène à conclure que la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* visaient principalement à supprimer le mal ou fléau public appréhendé que

*Morgentaler (1975)* and *Morgentaler (1988)*, *supra*. The primary objective of the legislation was to prohibit abortions outside hospitals as socially undesirable conduct, and any concern with the safety and security of pregnant women or with health care policy, hospitals or the regulation of the medical profession was merely ancillary. This legislation involves the regulation of the place where an abortion may be obtained, not from the viewpoint of health care policy, but from the viewpoint of public wrongs or crimes, to echo Cannon J.'s words in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 144 (appeal dismissed as moot in *Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at pp. 127-28):

I agree with the submission of the Attorney-General for Canada that this bill deals with the regulation of the press of Alberta, not from the viewpoint of private wrongs or civil injuries resulting from any alleged infringement or privation of civil rights which belong to individuals, considered as individuals but from the viewpoint of public wrongs or crimes, i.e., involving a violation of the public rights and duties to the whole community, considered as a community, in its social aggregate capacity. [Emphasis added.]

Paraphrasing what Lamer J. said in *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1405: I find unpersuasive the argument that this legislation is solidly anchored in s. 92(7), (13) or (16) of the *Constitution Act, 1867*. There is nothing on the surface of the legislation or in the background facts leading up to its enactment to convince me that it is designed to protect the integrity of Nova Scotia's health care system by preventing the emergence of a two-tiered system of delivery, to ensure the delivery of high-quality health care, or to rationalize the delivery of medical services so as to avoid duplication and reduce public health care costs. Any such objectives are clearly incidental to the central feature of the legislation, which is the prohibition of abortions outside

représentaient les cliniques d'avortement. Les textes législatifs répondent aux critères énoncés dans le *Renvoi sur la margarine* et dans les arrêts *Morgentaler (1975)* et *Morgentaler (1988)*, précités. L'objet premier des textes était d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital parce que cela constituait un acte socialement indésirable, et toute préoccupation à l'égard de la santé et de la sécurité des femmes enceintes ou à l'égard de la politique de la santé, des hôpitaux ou de la réglementation de la profession médicale n'était qu'accessoire. Les textes législatifs en l'espèce concernent la réglementation du lieu où l'avortement peut être pratiqué, non pas sur le plan de la politique de la santé, mais dans l'optique de méfaits public ou de crimes, pour reprendre les propos du juge Cannon dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 144 (pouvoi rejeté en raison de son caractère théorique par *Alberta Bank Taxation Reference*, précité, aux pp. 127 et 128):

[TRADUCTION] Je souscris à l'avis du procureur général du Canada selon lequel le présent projet de loi traite de la réglementation de la presse de l'Alberta, non du point de vue des délits privés ou des préjudices civils résultant d'une prétendue violation ou privation des droits civils des individus en tant que tels, mais du point de vue des délits publics ou crimes, c'est-à-dire ceux qui impliquent une violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, considérée comme telle, dans sa capacité d'agir en tant que collectivité. [Je souligne.]

Pour reprendre la formule du juge Lamer dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1405, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel les textes législatifs en l'espèce sont solidement ancrés aux par. 92(7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ni la teneur des textes ni la suite des faits qui a conduit à leur adoption ne me persuadent qu'ils visent à protéger l'intégrité du système de santé de la Nouvelle-Écosse en empêchant l'instauration d'un système à deux niveaux, à assurer la prestation de soins de qualité supérieure ou à rationaliser la fourniture des services médicaux afin d'éviter qu'ils fassent double emploi et de réduire les dépenses publiques au chapitre des soins de santé. De tels objectifs sont nettement

hospitals as socially undesirable conduct subject to punishment.

(2) Practical Effect

This legislation will certainly restrict abortion in the sense that it makes abortions unavailable in any place other than hospitals. But will it lead to a practical restriction of access to abortion in Nova Scotia? Will the present hospital system be able and willing to accommodate all the women who desire to terminate a pregnancy, given among other things that the hospital in which 83 percent of all abortions are performed has lost half of its medical staff willing to perform the procedure? These are questions that the trial judge did not answer, and on which the parties are resolutely divided. Women may not wish to have an abortion in a hospital for any number of legitimate reasons. Clearly restrictions as to place can have the effect of restricting abortions in practice, and indeed it was the operation of s. 251 of the *Criminal Code* in restricting abortions to certain hospitals that contributed largely to its demise. One of the reasons that the former s. 251 of the *Criminal Code* was struck down in *Morgentaler (1988)*, *supra*, was that the in-hospital requirement in that section led to unacceptable delays, undue stress and trauma, and a severe practical restriction of access to abortion services. Several years of experience under s. 251 showed that the combined decisions and actions of individual anti-abortion hospital boards could render access to legal abortion non-existent in large areas of the country. Something similar may occur in Nova Scotia but that is something we have no way of predicting. One of the effects of the legislation is consolidation of abortions in the hands of the provincial government, largely in one provincially controlled institution. This renders free access to abortion vulnerable to administrative erosion.

accessoires à la caractéristique centrale des textes, savoir l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital, acte tenu pour socialement indésirable et passible de sanctions.

(2) L'effet pratique

Les textes législatifs en l'espèce limiteront certainement l'avortement en ce sens qu'ils le rendront impossible à obtenir ailleurs que dans un hôpital. Mais entraînera-t-il dans la pratique une restriction de l'accès à l'avortement en Nouvelle-Écosse? Le système hospitalier actuel sera-t-il en mesure d'accueillir toutes les femmes qui désirent interrompre leur grossesse, et sera-t-il prêt à les recevoir, étant donné, entre autres, que l'hôpital dans lequel 83 p. 100 de tous les avortements sont pratiqués a perdu la moitié de ses médecins disposés à pratiquer cette intervention? Ce sont des questions auxquelles le juge du procès n'a pas répondu et sur lesquelles les parties divergent résolument. Les femmes peuvent ne pas vouloir se faire avorter à l'hôpital pour une quantité de raisons légitimes. De toute évidence, les restrictions concernant le lieu peuvent avoir pour effet de limiter l'avortement en pratique et, de fait, l'invalidation de l'art. 251 du *Code criminel* a été due en grande partie au résultat de son application, c'est-à-dire qu'il avait limité l'avortement à certains hôpitaux. Dans l'arrêt *Morgentaler (1988)*, précité, l'ancien art. 251 du *Code criminel* a été annulé notamment parce que l'obligation de se faire avorter à l'hôpital contenue dans cet article engendrait des délais inacceptables et une tension et une angoisse excessives, et elle restreignait grandement en pratique l'accès aux services d'avortement. Après plusieurs années d'application de l'art. 251, on a constaté que les décisions et les actions conjuguées des conseils d'hôpitaux anti-avortement avaient rendu l'accès à l'avortement légal inexistant dans de nombreuses régions du pays. Une chose semblable pourrait se produire en Nouvelle-Écosse, mais nous n'avons aucun moyen de le prédire. L'un des effets des textes législatifs est l'attribution au gouvernement provincial du droit exclusif de pratiquer des avortements, et ce dans une large mesure dans un seul établissement contrôlé par l'État. Le libre accès à l'avortement est ainsi susceptible de subir l'érosion administrative.

Having applied the ordinary tests as to the matter of the present legislation, I am able to conclude that the legislation was an *ultra vires* invasion of the field of criminal law. I am able to reach this conclusion without predicting the ultimate practical effect of this legislation, and it is consequently unnecessary to adjudicate the intractable dispute between the parties as to whether this legislation will, in fact, restrict access to abortion in Nova Scotia. The appellant's evidence that the legislation will not have the practical effect of restricting abortions is simply evidence that the legislation will not actually accomplish what it set out to do. In view of my conclusion as to the pith and substance of the legislation, I am not concerned with whether the legislation is effective and such evidence can no more be used to validate *ultra vires* legislation than to invalidate *intra vires* legislation, as was held in *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*.

### (3) Severance

Severance is infrequently applied in distribution of powers cases. The general rule is that severance is available where the remaining good part can survive independently and would have been enacted by itself (see the *Alberta Bill of Rights case*, *supra*, at p. 518). Here there is no "remaining good part", since the foregoing analysis has shown that the pith and substance of the entire legislation taken together, Act and regulation alike, is criminal law. As Hogg says, "[f]or constitutional purposes the statute is one law, and it will stand or fall as a whole" (*supra*, at p. 15-21); the same reasoning applies where, as here, two pieces of legislation are intertwined parts of a single legislative plan or scheme (see *Attorney General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, *supra*, and *Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*), two separate provisions or enactments "are so interconnected that they must be read together as expressing a single legislative purpose" (*Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 315, *per* Nolan J.), or the regulations "are so intertwined with the authorizing statute as to stamp it

Après avoir appliqué les critères ordinaires relativement à la matière des textes législatifs en l'espèce, je puis conclure qu'ils constituaient une ingérence *ultra vires* dans le domaine du droit criminel. Je peux tirer cette conclusion sans prédire l'effet pratique à long terme de ces textes et il n'est donc pas nécessaire de trancher le litige insoluble entre les parties pour ce qui est de savoir si ces textes limiteront, en pratique, l'accès à l'avortement en Nouvelle-Écosse. La preuve de l'appelante selon laquelle les textes n'auront pas, dans la pratique, pour effet de limiter l'avortement établit simplement qu'ils ne permettront pas de fait d'atteindre les objectifs poursuivis. Vu ma conclusion quant au caractère véritable des textes, je n'ai pas à me prononcer sur la question de savoir s'ils sont efficaces et cette preuve ne peut pas davantage être utilisée pour valider une loi *ultra vires* que pour invalider une loi *intra vires*, comme notre Cour l'a décidé dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité.

### (3) La dissociation

La dissociation n'est pas souvent appliquée dans les affaires relatives au partage des compétences. La règle générale veut que la dissociation soit possible si la partie valide restante peut survivre indépendamment et aurait pu être édictée séparément (voir l'affaire *Alberta Bill of Rights*, précitée, à la p. 518). En l'espèce, il n'y a pas de «partie valide restante», car l'analyse qui précède a montré que les textes législatifs dans leur ensemble — tant la Loi que le règlement — de par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel. Comme le dit Hogg, [TRADUCTION] «[s]ur le plan de la constitutionnalité, la loi est une et indivisible» (*op. cit.*, à la p. 15-21); le même raisonnement est valable quand, comme en l'espèce, deux textes sont des parties entrelacées d'un seul et même régime ou programme législatif (voir *Attorney General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, et *Alberta Bank Taxation Reference*, précités), quand deux dispositions ou textes [TRADUCTION] «sont à ce point liés qu'il y a lieu de les interpréter ensemble comme l'expression d'un seul objet législatif» (*Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 315 (le juge Nolan), ou quand les règlements «sont si intimement liés à la loi habilitante qu'ils l'imprègnent de leur carac-

with their character" (*Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, *supra*, at p. 64).

As a result, the Act and regulation are *ultra vires* in their entirety.

(4) Disposition

For the foregoing reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Legislature of the Province of Nova Scotia on the ground that the Act is legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

2. Is the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, made on the 20th day of July, 1989, pursuant to s. 8 of the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Lieutenant Governor in Council on the ground the Regulation was made pursuant to legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

The appeal is therefore dismissed. I would award the respondent his costs of the appeal on a party and party scale.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Marian F. H. Tyson and Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

«tère» (*Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, précité, à la p. 64).

En conséquence, la Loi et le règlement au complet sont *ultra vires*.

(4) Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-elle la compétence de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse pour le motif que cette loi touche le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

2. Le *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, pris le 20 juillet 1989, conformément à l'art. 8 de la *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-il la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil pour le motif que ce règlement a été pris conformément à une loi touchant le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

Le pourvoi est donc rejeté. L'intimé a droit à ses dépens dans le pourvoi comme entre parties.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Marian F. H. Tyson et Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. Breton, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. Breton, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*



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

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



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1993 Vol. 3**

**4<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 3**

Cited as [1993] 3 S.C.R. 519-674

Renvoi [1993] 3 R.C.S. 519-674

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note of the recent amendment to Rule 22 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which concerns motions relating to applications for leave to appeal. This amendment came into effect on October 20, 1993, and has been registered as SOR/93-488.

Rule 22(6) provides that motions relating to an application for leave to appeal may now be made in writing.

It is intended that the panel of the Court to whom an application for leave has been submitted determine any motion relating thereto, except for motions which, in the opinion of the Registrar or a judge, should be dealt with before the application for leave is submitted. Therefore, subject to the following, all motions relating to the application for leave should be served and filed with the material relating to the leave application in accordance with Rule 23.

A party who seeks to have a motion relating to the leave application disposed of prior to the leave application should serve and file the motion in accordance with Rule 22. If, in the opinion of the Registrar or a judge, the motion ought to be disposed of prior to the disposition of the application for leave, it will be dealt with in writing, unless otherwise ordered. The party bringing the motion will be required to file written representations which shall be served on all parties. The parties responding to the motion will be given seven clear days from the date of service of the written representations on the motion to file written representations. The party bringing the motion may file a written reply within three clear days from the date of service of the response.

If, in the opinion of the Registrar or a judge, the motion should be dealt with together with the application for leave, it will be referred to the panel to whom the application for leave is submitted.

Further information may be obtained from Claude E. Alain, Director of Legal Affairs at (613) 996-7684.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de prendre note de la récente modification apportée à l'article 22 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, relativement aux demandes d'autorisation d'appel. En vigueur depuis le 20 octobre 1993, cette modification a été portée à DORS/93-488.

Aux termes du paragraphe 22(6), les requêtes accessoires à une demande d'autorisation peuvent être déposées par écrit.

Les juges saisis d'une demande d'autorisation tranchent les requêtes accessoires à cette demande, à l'exception de celles qui, de l'avis du registraire ou d'un juge, devraient être tranchées avant la demande d'autorisation. Par conséquent, et sous réserve de ce qui suit, les requêtes accessoires à une demande d'autorisation devraient être signifiées et déposées avec les documents relatifs à cette dernière, conformément à l'article 23.

La partie qui demande qu'une requête accessoire à la demande d'autorisation soit tranchée avant cette dernière devrait signifier et déposer la requête conformément à l'article 22. Si le registraire ou un juge estime que la requête devrait être tranchée avant la demande d'autorisation, elle le sera par écrit, sauf ordonnance contraire. Le requérant devra déposer des arguments écrits et les signifier à toutes les parties. Ces dernières pourront répondre en déposant des arguments écrits dans les sept jours francs suivant la date de la signification des arguments écrits déposés à l'appui de la requête. Le requérant pourra déposer une réplique écrite dans les trois jours francs suivant la date de la signification de la réponse.

Si le registraire ou un juge estime que la requête devrait être tranchée en même temps que la demande d'autorisation, elle sera renvoyée aux juges saisis de la demande d'autorisation.

Il est possible d'obtenir de plus amples renseignements auprès de M<sup>e</sup> Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques au (613) 996-7684.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are reminded of the provisions of Rule 23 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, respecting the contents of an application for leave to appeal.

Rule 23(1)(c)(iii) requires parties to include in the application book the materials upon which the party intends to rely. Rule 23(3) goes on to say that, if the material referred to includes evidence, the party shall reproduce **only the excerpts** of the evidence, and relevant exhibits, **to which the party intends to refer**. In recent months, however, some parties have included all evidence and exhibits, even though they do not refer to the material in the application book, leading to excessively voluminous application books.

Counsel are hereby advised that all applications for leave to appeal will be carefully examined to determine whether the material complies with the provisions of Rule 23(1)(c)(iii). The Registrar may refuse to accept for filing any material that does not comply with those provisions.

If a party deems it necessary to file all evidence and transcripts, and these materials are included in the appeal book filed with the court appealed from, the party may, rather than including the material in the application book, file three copies of the appeal book: Rules 23(4) and 23(9).

Further information respecting the requirements of Rule 23 can be obtained from Claude E. Alain, Director, Legal Affairs, at (613) 996-7684.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de prêter une attention particulière aux dispositions de l'art. 23 des *Règles de la Cour suprême du Canada* concernant le contenu d'une demande d'autorisation d'appel.

Selon le sous-al. 23(1)(c)(iii), les parties doivent inclure dans la demande d'autorisation tous les documents sur lesquels elles s'appuient. Le paragraphe 23(3) précise que, si les documents visés comprennent des éléments de preuve, un exemplaire des **seuls** éléments de preuve, y compris les pièces, **auxquels la partie entend faire référence** doit être inclus. Au cours des derniers mois, toutefois, des parties ont inclus tous les éléments de preuve et toutes les pièces, même si elles ne font pas référence aux documents dans la demande, ce qui entraîne des dossiers extrêmement volumineux.

Les avocats sont donc priés de noter que toutes les demandes d'autorisation d'appel seront examinées avec soin afin de déterminer si les documents sont conformes aux dispositions du sous-al. 23(1)(c)(iii) des *Règles*. Le Registraire peut refuser le dépôt des documents qui ne sont pas conformes à ces dispositions.

Si elle juge nécessaire de déposer tous les éléments de preuve et toutes les transcriptions, et que ces documents font partie du dossier déposé auprès de la juridiction inférieure, une partie peut, plutôt que d'inclure les documents dans la demande d'autorisation, déposer trois exemplaires du dossier de la juridiction inférieure: Paragraphes 23(4) et 23(9) des *Règles*.

Pour obtenir de plus amples renseignements concernant les exigences de l'art. 23 des *Règles*, veuillez communiquer avec M<sup>e</sup> Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques au (613) 996-7684.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

December, 1993

Décembre 1993

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note of the recent amendments to Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which came into effect on October 20, 1993, registered as SOR/93-488.

A respondent who intends to contest any part of the disposition of the judgment appealed from must file an application for leave to cross-appeal within 20 days of the service of the application for leave to appeal, in cases where leave is required. In all other cases, the time period is 30 days after the service of the notice of appeal. Section 43 of the Act and Rule 23 shall apply with necessary modifications. The Registrar or a judge may abridge or extend the time periods for filing an application for leave to cross-appeal.

A respondent who wishes to have the judgment upheld on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum, without applying for leave to cross-appeal. The appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41.

I would commend these amendments to the Rule to you for careful reading. Further information may be obtained from Claude E. Alain, Director of Legal Affairs at (613) 996-7684.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de prendre note des récentes modifications apportées à l'article 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Celles-ci sont entrées en vigueur le 20 octobre 1993 et sont publiées à DORS/93-488.

Lorsque l'intimé a l'intention de contester le dispositif du jugement dont appel, il doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident dans les 20 jours suivant la signification de la demande d'autorisation, si l'autorisation est requise. Le délai est de 30 jours suivant la signification de l'avis d'appel dans tous les autres cas. L'article 43 de la Loi et l'article 23 des Règles s'appliquent alors avec les adaptations nécessaires. Le registraire ou un juge peut abréger ou proroger les délais quant au dépôt de la demande d'autorisation d'appel incident.

Si l'intimé veut faire confirmer le dispositif, mais pour des motifs différents de ceux du tribunal de juridiction inférieure, il peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel incident, le faire dans son mémoire et l'appellant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41 des Règles.

Il convient de lire attentivement les modifications apportées à cette règle. Il est possible d'obtenir de plus amples renseignements auprès de M<sup>e</sup> Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques au (613) 996-7684.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

December, 1993

Décembre 1993

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

## CONTENTS

<b>National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.</b> .....	651
Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Notice abridged only in most extraordinary situations — Order abridging time refused.	
<b>R. v. B. (J.G.)</b> .....	643
Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).	
<b>R. v. Côté</b> .....	639
Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).	

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

## SOMMAIRE

<b>Parti national du Canada c. Société Radio-Canada</b> ....	651
Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement du délai — Avis abrégé seulement dans les circonstances les plus exceptionnelles — Ordonnance abrégant le délai refusée.	
<b>R. c. B. (J.G.)</b> .....	643
Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).	
<b>R. c. Côté</b> .....	639
Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

<b>R. v. Evans</b> .....	653
Evidence — Admissibility — Hearsay — Admissions — Purchaser of getaway car used in robbery making certain statements to vendors — Statements indicating that purchaser was the accused — Whether statements hearsay — If so, whether statements admissible as admissions of the accused — Appropriate procedure to be followed in determining whether statements were made by accused — Whether trial judge erred in use of statements — If so, whether error resulted in substantial miscarriage of justice.	
<b>R. v. Gaetz</b> .....	645
Criminal law — Fraud — Accused charged with defrauding bank "of a sum of money exceeding \$1,000" — Whether Crown had to prove deprivation of sum exceeding \$1,000 to establish fraud.	
<b>R. v. Leduc</b> .....	641
Criminal law — Practice — Stay of proceedings — Abuse of process — Stay of proceedings for abuse of process to be granted only in clearest of cases and when a violation of fundamental principles of justice underlying community's sense of fair play and decency.	
<b>R. v. Price</b> .....	633
Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Court of Appeal properly admitting fresh evidence — Due diligence to be applied in light of other relevant factors.	
<b>R. v. Profit</b> .....	637
Criminal law — Evidence — Character evidence — Weight to be given to evidence of good character of accused in sexual assault cases involving children — Trial judge entitled to find propensity value of character evidence as to morality diminished in such cases.	
<b>R. v. Ruiz</b> .....	649
Criminal law — Evidence — Trial judge appearing to draw adverse inference from accused's failure to call witnesses — Crown proving its case — Conviction upheld.	
<b>R. v. Smith</b> .....	635
Criminal law — Theft — Conversion — Accused taking possession of goods after making down payment — Accused knowing cheque for down payment would be dishonoured — Whether person obtaining goods through fraudulent means liable to conviction for theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322.	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

<b>R. c. Evans</b> .....	653
Preuve — Admissibilité — Ouf-dire — Aveux — L'acheteur de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait fait certaines déclarations aux vendeurs — Déclarations indiquant que l'acheteur était l'accusé — Ces déclarations sont-elles du ouï-dire? — Dans l'affirmative, ces déclarations sont-elles admissibles comme aveux de l'accusé? — Procédure à suivre pour déterminer si des déclarations ont été faites par l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en utilisant les déclarations? — Dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné une erreur judiciaire grave?	
<b>R. c. Gaetz</b> .....	645
Droit criminel — Fraude — Accusé inculpé d'avoir frustré une banque «d'une somme d'argent supérieure à 1 000 \$» — Le ministère public devait-il prouver qu'il y a eu privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ pour établir l'existence d'une fraude?	
<b>R. c. Leduc</b> .....	641
Droit criminel — Pratique — Arrêt des procédures — Abus de procédure — Un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ne doit être accordé que dans les cas les plus clairs et lorsqu'il y a violation des principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence.	
<b>R. c. Price</b> .....	633
Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Nouvelle preuve admise à bon droit par la Cour d'appel — Diligence raisonnable applicable en fonction des autres facteurs pertinents.	
<b>R. c. Profit</b> .....	637
Droit criminel — Preuve — Preuve de moralité — Poids à accorder à la preuve de bonne moralité de l'accusé dans des affaires d'agressions sexuelles mettant en cause des enfants — Le juge du procès a le droit de conclure que la valeur de la preuve de moralité pour ce qui est de la propension est diminuée dans de tels cas.	
<b>R. c. Ruiz</b> .....	649
Droit criminel — Preuve — Juge du procès semblant tirer une inférence défavorable du fait que l'accusé n'a fait témoigner personne — Ministère public ayant prouvé ses prétentions — Déclaration de culpabilité maintenue.	
<b>R. c. Smith</b> .....	635
Droit criminel — Vol — Détournement — Accusé ayant pris possession de biens après un versement initial — L'accusé savait que le chèque du versement initial ne serait pas accepté — La personne qui obtient des biens par des moyens fraudu-	

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Yorke..... 647**

Criminal law — Search and seizure — Customs and excise — Foreign cultural property seized — Act (Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 111) under which search effected constitutional and manner in which search conducted not unreasonable — Evidence admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

### **Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) .... 519**

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of physical disability — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

## SOMMAIRE (Fin)

leux est-elle susceptible d'être reconnue coupable de vol — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322.

### **R. c. Yorke..... 647**

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Douanes et accise — Saisie de biens culturels étrangers — Constitutionnalité de la loi (Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 111) en vertu de laquelle la perquisition a été effectuée et caractère raisonnable de la manière dont cette perquisition a été effectuée — Preuve admissible — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

### **Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général) ..... 519**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur la déficience physique — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241(b).



**Sue Rodriguez** *Appellant*

v.

**The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia**  
*Respondents*

and

**British Columbia Coalition of People with Disabilities, Dying with Dignity, Right to Die Society of Canada, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, Pro-Life Society of British Columbia, Pacific Physicians for Life Society, Canadian Conference of Catholic Bishops, Evangelical Fellowship of Canada, and People in Equal Participation Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: RODRIGUEZ v. BRITISH COLUMBIA  
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 23476.

1993: May 20; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of physical disability — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 15(1) of*

**Sue Rodriguez** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Le procureur général du Canada et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intimés*

<sup>b</sup> et

**British Columbia Coalition of People with Disabilities, Dying with Dignity, Right to Die Society of Canada, Coalition des organisations provinciales ombudsman des handicapés, Pro-Life Society of British Columbia, Pacific Physicians for Life Society, Conférence des évêques catholiques du Canada, Evangelical Fellowship of Canada et People in Equal Participation Inc.** *Intervenants*

<sup>e</sup> RÉPERTORIÉ: RODRIGUEZ c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N<sup>o</sup> du greffe: 23476.

<sup>f</sup> 1993: 20 mai; 1993: 30 septembre.

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

<sup>g</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

<sup>h</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).*

<sup>i</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur la déficience physique — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art.*

*Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).*

The appellant, a 42-year-old mother, suffers from amyotrophic lateral sclerosis. Her condition is rapidly deteriorating and she will soon lose the ability to swallow, speak, walk and move her body without assistance. Thereafter she will lose the capacity to breathe without a respirator, to eat without a gastrostomy and will eventually become confined to a bed. Her life expectancy is between 2 and 14 months. The appellant does not wish to die so long as she still has the capacity to enjoy life, but wishes that a qualified physician be allowed to set up technological means by which she might, when she is no longer able to enjoy life, by her own hand, at the time of her choosing, end her life. The appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for an order that s. 241(b) of the *Criminal Code*, which prohibits the giving of assistance to commit suicide, be declared invalid on the ground that it violates her rights under ss. 7, 12 and 15(1) of the *Charter*, and is therefore, to the extent it precludes a terminally ill person from committing "physician-assisted" suicide, of no force and effect by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The court dismissed the appellant's application and the majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held* (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin J.J. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 241(b) of the *Code* is constitutional.

*Per* La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major J.J.: The appellant's claim under s. 7 of the *Charter* is based on an alleged violation of her liberty and security of the person interests. These interests cannot be divorced from the sanctity of life, which is the third value protected by s. 7. Even when death appears imminent, seeking to control the manner and timing of one's death constitutes a conscious choice of death over life. It follows that life as a value is also engaged in the present

*15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).*

L'appelante, mère de famille de 42 ans, est atteinte de sclérose latérale amyotrophique. Son état se détériore rapidement et bientôt elle sera incapable d'avaler, de parler, de marcher et de bouger sans aide. Elle perdra ensuite la capacité de respirer sans respirateur, de manger sans subir de gastrostomie et sera finalement alitée en permanence. Son expectative de survie se situe entre 2 et 14 mois. L'appelante ne souhaite pas mourir tant qu'elle peut encore jouir de la vie mais demande qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdra la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle choisirait. L'appelante a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant que l'al. 241b) du *Code criminel*, qui interdit l'aide au suicide, est invalide pour le motif qu'il porte atteinte à ses droits garantis par les art. 7, 12 et 15(1) de la *Charte* et donc inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où il interdit à un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin. La cour a rejeté la demande de l'appelante et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé sa décision.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): L'appel est rejeté. L'alinéa 241b) du *Code* est constitutionnel.

*Les juges* La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: L'appelante fonde son argumentation concernant l'art. 7 de la *Charte* sur la violation de ses droits à la liberté et à la sécurité de la personne. On ne peut dissocier ces droits du principe du caractère sacré de la vie, qui est la troisième valeur protégée par l'art. 7. Même lorsque la mort paraît imminente, chercher à contrôler le moment et la façon de mourir constitue un choix conscient de la mort plutôt que la vie. C'est pourquoi la vie,

case. Appellant's security of the person interest must be considered in light of the other values mentioned in s. 7.

Security of the person in s. 7 encompasses notions of personal autonomy (at least with respect to the right to make choices concerning one's own body), control over one's physical and psychological integrity which is free from state interference, and basic human dignity. The prohibition in s. 241(b), which is a sufficient interaction with the justice system to engage the provisions of s. 7, deprives the appellant of autonomy over her person and causes her physical pain and psychological stress in a manner which impinges on the security of her person. Any resulting deprivation, however, is not contrary to the principles of fundamental justice. The same conclusion is applicable with respect to any liberty interest which may be involved.

The expression "principles of fundamental justice" in s. 7 of the *Charter* implies that there is some consensus that these principles are vital or fundamental to our societal notion of justice. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also be legal principles. To discern the principles of fundamental justice governing a particular case, it is helpful to review the common law and the legislative history of the offence in question and, in particular, the rationale behind the practice itself (here, the continued criminalization of assisted suicide) and the principles which underlie it. It is also appropriate to consider the state interest. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between the interests of the state and those of the individual. The respect for human dignity, while one of the underlying principles upon which our society is based, is not a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7.

Assisted suicide, outlawed under the common law, has been prohibited by Parliament since the adoption of Canada's first *Criminal Code*. The long-standing blanket prohibition in s. 241(b), which fulfils the government's objective of protecting the vulnerable, is grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken. This state policy is part of our fundamental conception of the sanctity of life. A blanket prohibition on assisted suicide similar to that in s. 241(b) also seems to be the norm among Western democracies, and such a prohibition has never been adjudged to be unconstitutional or contrary to fundamental human rights. These societies, including

comme valeur, entre en jeu en l'espèce. Le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne doit être examiné en fonction des autres valeurs mentionnées à l'art. 7.

La sécurité de la personne selon l'art. 7 englobe des notions d'autonomie personnelle (du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne), de contrôle sur son intégrité physique et mentale sans ingérence de l'État, et de dignité humaine fondamentale. L'interdiction prévue à l'al. 241b), qui présente un rapport suffisant avec le système de justice pour entraîner l'application des dispositions de l'art. 7, prive l'appelante de son autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique d'une façon qui porte atteinte à la sécurité de sa personne. Cependant toute privation qui en résulte n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale. La conclusion est la même à l'égard de tout intérêt en matière de liberté qui peut entrer en jeu.

L'expression «principes de justice fondamentale» à l'art. 7 de la *Charte* implique un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à des situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également être des principes juridiques. Pour définir les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la common law et à l'historique législatif de l'infraction en cause et, en particulier, à la raison d'être de la pratique (en l'espèce, le maintien de la criminalisation de l'aide au suicide) et les principes qui la sous-tendent. Il y a lieu également de considérer l'intérêt de l'État. La justice fondamentale exige la pondération équitable des intérêts de l'État et de ceux de l'individu. Le respect de la dignité humaine est l'un des principes sur lesquels repose notre société, mais n'est pas un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

L'aide au suicide, prohibée en common law, a été interdite par le Parlement dès l'adoption du premier *Code criminel* du Canada. L'interdiction générale établie de longue date, prévue à l'al. 241b), et qui répond à l'objectif du gouvernement de protéger la personne vulnérable, est fondée sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie et traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie. Cette politique de l'État fait partie de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie. Une interdiction générale de l'aide au suicide semblable à celle de l'al. 241b) semble aussi être la norme au sein des démocraties occidentales et ce genre d'interdiction n'a jamais été jugée inconstitution-

Canada, recognize and generally apply the principle of the sanctity of life subject to narrow exceptions where notions of personal autonomy and dignity must prevail. Distinctions between passive and active forms of intervention in the dying process continue to be drawn and assisted suicide in situations such as the appellant's is prohibited with few exceptions. No consensus can be found in favour of the decriminalization of assisted suicide. To the extent that there is a consensus, it is that human life must be respected. This consensus finds legal expression in our legal system which prohibits capital punishment. The prohibition against assisted suicide serves a similar purpose. Parliament's repeal of the offence of attempted suicide from the *Criminal Code* was not a recognition that suicide was to be accepted within Canadian society. Rather, this action merely reflected the recognition that the criminal law was an ineffectual and inappropriate tool for dealing with suicide attempts. Given the concerns about abuse and the great difficulty in creating appropriate safeguards, the blanket prohibition on assisted suicide is not arbitrary or unfair. The prohibition relates to the state's interest in protecting the vulnerable and is reflective of fundamental values at play in our society. Section 241(b) therefore does not infringe s. 7 of the *Charter*.

As well, s. 241(b) of the *Code* does not infringe s. 12 of the *Charter*. The appellant is not subjected by the state to any form of cruel and unusual treatment or punishment. Even assuming that "treatment" within the meaning of s. 12 may include that imposed by the state in contexts other than penal or quasi-penal, a mere prohibition by the state on certain action cannot constitute "treatment" under s. 12. There must be some more active state process in operation, involving an exercise of state control over the individual, whether it be positive action, inaction or prohibition. To hold that the criminal prohibition in s. 241(b), without the appellant being in any way subject to the state administrative or justice system, falls within the bounds of s. 12 would stretch the ordinary meaning of being "subjected to . . . treatment" by the state.

It is preferable in this case not to decide the difficult and important issues raised by the application of s. 15 of the *Charter*, but rather to assume that the prohibition on assisted suicide in s. 241(b) of the *Code* infringes s. 15, since any infringement of s. 15 by s. 241(b) is clearly justified under s. 1 of the *Charter*. Section 241(b) has a pressing and substantial legislative objective and meets

nelle ou contraire aux droits fondamentaux de la personne. Ces pays, dont le Canada, reconnaissent et, en général, appliquent le principe du caractère sacré de la vie sous réserve d'exceptions restreintes dans les cas où les notions d'autonomie personnelle et de dignité doivent prévaloir. On y a maintenu la distinction entre les formes passive et active d'intervention dans le processus de la mort et, avec très peu d'exceptions, l'interdiction de l'aide au suicide dans des cas qui s'apparentent à celui de l'appelante. On ne peut conclure à l'existence d'un consensus en faveur de la décriminalisation du suicide assisté. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée. Ce consensus trouve son expression juridique dans notre système de droit qui interdit la peine capitale. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En supprimant l'infraction de tentative de suicide dans le *Code criminel*, le Parlement a reconnu non pas que le suicide devait être accepté dans la société canadienne, mais plutôt que le droit criminel n'était pas un moyen efficace et approprié de traiter la question des tentatives de suicide. Compte tenu des craintes d'abus et de la grande difficulté à élaborer des garanties adéquates, l'interdiction générale de l'aide au suicide n'est ni arbitraire ni injuste. L'interdiction est liée à l'intérêt de l'État à la protection des personnes vulnérables et reflète des valeurs fondamentales véhiculées dans notre société. L'alinéa 241(b) ne porte donc pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*.

L'alinéa 241(b) du *Code* ne porte pas atteinte non plus à l'art. 12 de la *Charte*. L'appelante n'est pas soumise par l'État à une forme quelconque de peine ou traitement cruels ou inusités. À supposer même que le «traitement» au sens de l'art. 12 puisse inclure ce qui est imposé par l'État dans un contexte autre que pénal ou quasi pénal, la simple prohibition imposée par l'État à l'égard d'une certaine action ne peut constituer un «traitement» au sens de l'art. 12. Il faut la mise en œuvre d'un processus étatique plus actif, comportant l'exercice d'un contrôle de l'État sur l'individu, que ce soit une action positive, une inaction ou une interdiction. Soutenir, sans que l'appelante soit de quelque façon soumise au système administratif ou judiciaire de l'État, que l'interdiction prévue à l'al. 241(b), relève de l'art. 12, fausserait le sens ordinaire de l'expression «contre tous traitements» imposés par l'État.

Il est préférable en l'espèce de ne pas trancher les questions importantes et délicates soulevées par l'application de l'art. 15 de la *Charte* et de présumer plutôt que l'interdiction de l'aide au suicide par l'al. 241(b) du *Code* viole l'art. 15, puisque la violation, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 241(b) est fondé sur un objectif législa-

the proportionality test. A prohibition on giving assistance to commit suicide is rationally connected to the purpose of s. 241(b), which is to protect and maintain respect for human life. This protection is grounded on a substantial consensus among western countries, medical organizations and our own Law Reform Commission that in order to protect life and those who are vulnerable in society effectively, a prohibition without exception on the giving of assistance to commit suicide is the best approach. Attempts to modify this approach by creating exceptions or formulating safeguards to prevent excesses have been unsatisfactory. Section 241(b) is thus not overbroad since there is no halfway measure that could be relied upon to achieve the legislation's purpose fully. In dealing with this contentious, complex and morally laden issue, Parliament must be accorded some flexibility. In light of the significant support for s. 241(b) or for this type of legislation, the government had a reasonable basis for concluding that it had complied with the requirement of minimum impairment. Finally, the balance between the restriction and the government objective is also met.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Section 241(b) of the *Code* infringes the right to security of the person included in s. 7 of the *Charter*. This right has an element of personal autonomy, which protects the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. A legislative scheme which limits the right of a person to deal with her body as she chooses may violate the principles of fundamental justice under s. 7 if the limit is arbitrary. A particular limit will be arbitrary if it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation. When one is considering whether a law breaches the principles of fundamental justice under s. 7 by reason of arbitrariness, the focus is on whether a legislative scheme infringes a particular person's protected interests in a way that cannot be justified having regard to the objective of this scheme. The principles of fundamental justice require that each person, considered individually, be treated fairly by the law. The fear that abuse may arise if an individual is permitted that which she is wrongly denied plays no part at the s. 7 stage. Any balancing of societal interests against the interests of the individual should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*. Here, Parliament has put into force a legislative scheme which makes suicide lawful but assisted suicide unlawful. The effect of this distinction is to deny to some people the choice of ending their lives solely because they are physically unable to do so,

tif urgent et réel et répond aux exigences de la proportionnalité. L'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif de l'al. 241b) qui est de protéger et préserver le respect de la vie humaine. Cette protection trouve son fondement dans un consensus important dans les pays occidentaux, les organisations médicales et chez notre propre Commission de réforme du droit, que le meilleur moyen de protéger efficacement la vie et les personnes vulnérables de la société est d'interdire, sans exception, l'aide au suicide. Les tentatives faites pour modifier cette approche par l'introduction d'exceptions ou la formulation de garanties destinées à prévenir les abus n'ont pas donné de résultats satisfaisants. L'alinéa 241b) n'a pas une portée excessive car il n'y a pas de demi-mesure qui permettrait de garantir la pleine réalisation de l'objectif poursuivi par la loi. Le Parlement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour régler cette question «controversée» et «chargée d'éléments moraux». Compte tenu du large appui que reçoit l'al. 241b) ou ce type de disposition, le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale. Enfin, l'équilibre entre la restriction et l'objectif gouvernemental, est également respecté.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'alinéa 241b) du *Code* viole le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit comporte un élément d'autonomie personnelle, qui protège la dignité et la vie privée des personnes à l'égard de décisions relatives à leur propre corps. Un régime législatif qui restreint le droit d'une personne de disposer de son corps comme elle le veut peut violer les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 si la restriction est arbitraire. Une restriction donnée est arbitraire si elle n'a aucun lien, ou est incompatible, avec l'objectif visé par la loi. Lorsqu'il faut déterminer si une loi enfreint les principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 en raison de son caractère arbitraire, l'analyse est axée sur la question de savoir si le régime législatif viole les intérêts protégés d'une personne donnée d'une façon qui n'est pas justifiée par l'objectif de ce régime. Les principes de justice fondamentale exigent que chacun, pris individuellement, soit traité équitablement par la loi. La crainte d'abus possibles si on permet à un individu ce qui lui est refusé à tort n'est aucunement pertinente à l'étape de l'art. 7. La pondération des intérêts de la société et des intérêts de l'individu devrait se faire dans le cadre de l'analyse de l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, le Parlement a mis en vigueur un régime législatif qui légalise le suicide et rend illégal le suicide assisté. Cette distinction a pour effet de refuser à certaines personnes le choix de mettre fin à leur vie pour

preventing them from exercising the autonomy over their bodies available to other people. The denial of the ability to end their life is arbitrary and hence amounts to a limit on the right to security of the person which does not comport with the principles of fundamental justice.

Section 241(b) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter*. The practical objective of s. 241(b) is to eliminate the fear of lawful assisted suicide's being abused and resulting in the killing of persons not truly and willingly consenting to death. However, neither the fear that unless assisted suicide is prohibited, it will be used for murder, nor the fear that consent to death may not in fact be given voluntarily, is sufficient to override appellant's entitlement under s. 7 to end her life in the manner and at the time of her choosing. The safeguards in the existing provisions of the *Criminal Code* largely meet the concerns about consent. The *Code* provisions, supplemented, by way of remedy, by a stipulation requiring a court order to permit the assistance of suicide in a particular case only when the judge is satisfied that the consent is freely given, will ensure that only those who truly desire to bring their lives to an end obtain assistance.

Section 15 of the *Charter* has no application in this case. This is not a case about discrimination and to treat it as such may deflect the equality jurisprudence from the true focus of s. 15.

Although some of the conditions stated by Lamer C.J. seem unnecessary in this case, the remedy proposed is generally agreed with. What is required will vary from case to case. The essential in all cases is that the judge be satisfied that if and when the assisted suicide takes place, it will be with the full and free consent of the applicant.

*Per* Lamer C.J. (dissenting): Section 241(b) of the *Code* infringes the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter*. While, at first sight, s. 241(b) is apparently neutral in its application, its effect creates an inequality since it prevents persons physically unable to end their lives unassisted from choosing suicide when that option is in principle available to other members of the public without contravening the law. This inequality — the deprivation of the right to choose suicide — may be characterized as a burden or disadvantage, since it limits the ability of those who are subject to this inequality to take and act upon fundamental decisions

la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables, les empêchant d'exercer sur leur personne l'autonomie dont jouissent les autres. Le fait de priver une personne du pouvoir de mettre fin à sa propre vie est arbitraire et équivaut donc à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale.

L'alinéa 241b) du *Code* n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif pratique de l'al. 241b) est d'éliminer la crainte d'abus du suicide assisté légalisé qui entraîneraient la mort de personnes qui n'ont pas véritablement ni librement consenti à la mort. Cependant ni la crainte qu'à moins de l'interdire, le suicide assisté soit utilisé pour des meurtres, ni la crainte que le consentement à la mort ne soit pas volontaire, ne suffisent pour l'emporter sur le droit de l'appelante, en vertu de l'art. 7, de mettre fin à sa vie de la façon et au moment de son choix. Les garanties offertes par les dispositions actuelles du *Code criminel* répondent amplement aux craintes relatives au consentement. Ces dispositions du *Code* accompagnées, par le biais d'une réparation, d'une condition exigeant que l'aide au suicide soit autorisée par ordonnance d'un tribunal, quand le juge est convaincu que le consentement est donné librement, garantiront que seuls ceux qui souhaitent véritablement mettre fin à leur vie obtiennent l'aide.

L'article 15 de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. La présente affaire ne concerne pas une discrimination et la traiter comme telle pourrait détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15.

Bien que certaines conditions énoncées par le juge en chef Lamer ne soient pas nécessaires en l'espèce, la réparation qu'il propose est acceptée pour l'essentiel. Les exigences varieront selon les cas. L'essentiel dans tous les cas est que le juge soit convaincu que lorsque le suicide assisté a lieu, s'il a lieu, ce sera avec le consentement libre et entier du requérant.

*Le* juge en chef Lamer (dissident): L'alinéa 241b) du *Code* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Bien qu'apparemment neutre, à première vue, l'al. 241b) a pour effet de créer une inégalité puisqu'il empêche des personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide sans contrevenir à la loi, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité — la privation du droit de choisir le suicide — peut être qualifiée de fardeau ou de désavantage, puisqu'elle limite la capacité des personnes qui en sont victimes de prendre et de mettre en œuvre des décisions



regarding their lives and persons. For them, the principles of self-determination and individual autonomy, which are of fundamental importance in our legal system, have been limited. This inequality is imposed on persons unable to end their lives unassisted solely because of a physical disability, a personal characteristic which is among the grounds of discrimination listed in s. 15(1).

Section 241(b) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the objective of protecting vulnerable persons from being pressured or coerced into committing suicide is sufficiently important to warrant overriding a constitutional right, s. 241(b) fails to meet the proportionality test. The prohibition of assisted suicide is rationally connected to the legislative objective, but the means chosen to carry out the objective do not impair the appellant's equality rights as little as reasonably possible. The vulnerable are effectively protected under s. 241(b) but the section is over-inclusive. Those who are not vulnerable or do not wish the state's protection are also brought within the operation of s. 241(b) solely as a result of a physical disability. An absolute prohibition that is indifferent to the individual or the circumstances cannot satisfy the constitutional duty on the government to impair the rights of persons with physical disabilities as little as reasonably possible. The fear that the decriminalization of assisted suicide will increase the risk of persons with physical disabilities being manipulated by others does not justify the over-inclusive reach of s. 241(b).

In view of the findings under s. 15(1), there is no need to address the constitutionality of the legislation under ss. 7 or 12 of the *Charter*.

Pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, s. 241(b) is declared to be of no force or effect, on the condition that the effect of this declaration be suspended for one year from the date of this judgment to give Parliament adequate time to decide what, if any, legislation should replace s. 241(b). While a personal remedy under s. 24(1) of the *Charter* is rarely available in conjuncture with action under s. 52(1), it is appropriate in this case to grant the appellant, subject to compliance with certain stated conditions, a constitutional exemption from the operation of s. 241(b) during the period of suspension. A constitutional exemption may only be granted during the period of a suspended declaration of invalidity. During that one-year suspension period, this exemption will also be available to all persons who are or will become

fondamentales concernant leur vie et leur personne. Pour elles, les principes d'autodétermination et d'autonomie, qui ont une importance fondamentale dans notre système de droit, ont été limités. Cette inégalité est imposée à des personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui figure parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1).

L'alinéa 241b) du *Code* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. Bien que la protection de personnes vulnérables contre les pressions ou la contrainte visant à les amener à se donner la mort soit un objectif suffisamment important pour l'emporter sur un droit constitutionnel, l'al. 241b) ne satisfait pas au critère de la proportionnalité. L'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif législatif mais les moyens choisis pour le mettre en œuvre ne portent pas aussi peu que raisonnablement possible atteinte aux droits de l'appelante à l'égalité. Les personnes vulnérables sont effectivement protégées par l'al. 241b) mais cette disposition a une portée excessive. Celles qui ne sont pas vulnérables, qui ne souhaitent pas la protection de l'État, sont aussi soumises à l'application de l'al. 241b) uniquement en raison de déficiences physiques. Une prohibition absolue, qui ne tient pas compte de l'individu ou des circonstances, ne peut satisfaire à l'obligation constitutionnelle du gouvernement de porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits des personnes souffrant de déficiences physiques. La crainte que la décriminalisation de l'aide au suicide accentue le risque que des handicapés physiques soient manipulés par d'autres personnes ne justifie pas la portée excessive de l'al. 241b).

Vu les conclusions relatives au par. 15(1), il n'est pas nécessaire de traiter de la constitutionnalité de la disposition dans le cadre des art. 7 et 12 de la *Charte*.

En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 241b) est déclaré inopérant, à la condition que l'effet de la présente déclaration soit suspendu pendant un an à compter de la date du jugement, pour donner au Parlement le temps de déterminer, le cas échéant, la nature de la disposition qui devrait remplacer l'al. 241b). Bien qu'une réparation individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* soit rarement accordée en corrélation avec une action intentée en vertu du par. 52(1), il y a lieu en l'espèce d'accorder à l'appelante, sous réserve de certaines conditions expresses, une exemption constitutionnelle de l'application de l'al. 241b) pendant la période de suspension. Une exemption constitutionnelle ne peut être accordée que pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Pendant la

physically unable to commit unassisted suicide and whose equality rights are infringed by s. 241(b), and it may be granted by a superior court upon application if the stated conditions, or similar conditions tailored to meet the circumstances of particular cases, are met.

*Per Cory J. (dissenting):* Substantially for the reasons given by Lamer C.J. and McLachlin J., s. 241(b) of the *Code* infringes ss. 7 and 15(1) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Section 7 of the *Charter*, which grants Canadians a constitutional right to life, liberty and the security of the person, is a provision which emphasizes the innate dignity of human existence. Dying is an integral part of living and, as a part of life, is entitled to the protection of s. 7. It follows that the right to die with dignity should be as well protected as is any other aspect of the right to life. State prohibitions that would force a dreadful, painful death on a rational but incapacitated terminally ill patient are an affront to human dignity.

There is no difference between permitting a patient of sound mind to choose death with dignity by refusing treatment and permitting a patient of sound mind who is terminally ill to choose death with dignity by terminating life preserving treatment, even if, because of incapacity, that step has to be physically taken by another on her instructions. Nor is there any reason for failing to extend that same permission so that a terminally ill patient facing death may put an end to her life through the intermediary of another. Since the right to choose death is open to patients who are not physically handicapped, there is no reason for denying that choice to those that are. This choice for a terminally ill patient would be subject to conditions. With those conditions in place, s. 7 of the *Charter* can be applied to enable a court to grant the relief proposed by Lamer C.J.

Section 15(1) of the *Charter* can also be applied to grant the same relief at least to handicapped terminally ill patients.

suspension d'un an, l'exemption est également accordée à toutes les personnes qui sont ou seront physiquement incapables de se donner la mort sans assistance et dont les droits à l'égalité sont violés par l'al. 241b). Cette exemption peut être accordée par voie de requête à une cour supérieure si les conditions énumérées, ou des conditions similaires adaptées aux circonstances des cas particuliers, sont satisfaites.

*Le juge Cory (dissident):* Principalement pour les motifs avancés par le juge en chef Lamer et le juge McLachlin, l'al. 241b) du *Code* viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte* et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier.

L'article 7 de la *Charte*, qui accorde aux Canadiens le droit constitutionnel à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, est une disposition qui met l'accent sur la dignité inhérente à l'existence humaine. La mort fait partie intégrante de la vie, alors la mort comme étape de la vie a droit à la protection constitutionnelle prévue par l'art. 7. Il s'ensuit que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie. Des interdictions édictées par l'État, qui imposeraient une mort atroce et douloureuse à un malade en phase terminale, handicapé et lucide, constitueraient une insulte à la dignité humaine.

Il n'y a aucune différence entre permettre à un malade sain d'esprit de choisir de mourir avec dignité en refusant un traitement et permettre à un malade sain d'esprit mais en phase terminale de choisir de mourir avec dignité en arrêtant le traitement qui lui permet de survivre, même si, du fait de son incapacité physique, cette mesure doit matériellement être prise par quelqu'un d'autre selon ses instructions. De même, il n'y a aucune raison de ne pas permettre aussi qu'un malade en phase terminale et sur le point de mourir puisse mettre fin à ses jours par l'intermédiaire de quelqu'un d'autre. Puisque le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés, il n'y a aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont. Ce choix, pour un malade en phase terminale, serait assujéti à certaines conditions. Ces conditions étant fixées, l'art. 7 de la *Charte* peut être appliqué pour permettre à un tribunal d'accorder le redressement proposé par le juge en chef Lamer.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* peut être appliqué également pour accorder le même redressement au moins aux malades handicapés en phase terminale.

## Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Cruzan v. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316; Application No. 10083/82, *R. v. United Kingdom*, July 4, 1983, D.R. 33, p. 270; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368; *R. v. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.), rev'd on other grounds, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.); *Howlett v. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418; *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394; *Carlston v. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

By Lamer C.J. (dissenting)

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Burke v. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Ontario Human*

## Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Cruzan c. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224; *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316; Requête n° 10083/82, *R. c. Royaume-Uni*, le 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 270; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368; *R. c. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1<sup>re</sup> inst.), inf. pour d'autres motifs, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.); *Howlett c. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418; *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394; *Carlston c. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Burke c. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933;

*Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Egan and Nesbit v. Canada* (1993), 153 N.R. 161; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, aff'g (1987), 35 C.R.R. 300 (Ont. C.A.); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Cory J. (dissenting)

*Rè B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

#### Statutes and Regulations Cited

*Austrian Penal Act 1945*, s. 139b.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12, 15(1), 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, ch. C-46, ss. 14, 215 [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 2)], 241(a) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 7(3)], (b).  
*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 237, 238.  
*Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13, s. 16.  
*Penal Code (Denmark)*, art. 240.  
*Penal Code (France)*, arts. 63, 318-1, 318-2, 319.  
*Penal Code (Italy)*, art. 580.  
*Penal Code (Spain)*, art. 409.  
*Penal Code (Switzerland)*, art. 115.  
*Suicide Act, 1961 (U.K.)*, 9 & 10 Eliz. 2, c. 60, s. 2.

#### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769.

*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Egan et Nesbit c. Canada* (1993), 153 N.R. 161; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, conf. (1987), 35 C.R.R. 300 (C.A. Ont.); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

#### f Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12, 15(1), 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 14, 215 [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., n° 2)], 241a [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 7(3)], (b).  
*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 237, 238.  
*Code pénal (Danemark)*, art. 240.  
*Code pénal (Espagne)*, art. 409.  
*Code pénal (France)*, art. 63, 318-1, 318-2, 319.  
*Code pénal (Italie)*, art. 580.  
*Code pénal (Suisse)*, art. 115.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, ch. 13, art. 16.  
*Loi pénale de 1945 (Autriche)*, art. 139b.  
*Suicide Act, 1961 (R.-U.)*, 9 & 10 Eliz. 2, ch. 60, art. 2.

#### Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769.

- Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1890.
- Canada. Law Reform Commission. Report 20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983. <sup>a</sup>
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
- Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560. <sup>b</sup>
- Depaule, Léon. "Le droit à la mort: rapport juridique" (1974), 7 *Human Rights Journal* 464.
- Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Knopf, 1993. <sup>c</sup>
- Guillon, Claude, et Yves Le Bonniec. *Suicide, mode d'emploi: histoire, technique, actualité*. Paris: A. Moreau, 1982.
- Keyserlingk, Edward W. *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine and Law*. A study written for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979. <sup>d</sup>
- Note. "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance" (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021. <sup>e</sup>
- Otlowski, Margaret. "Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System" (1993), 17 *Crim. L.J.* 10.
- Penrose, Mary Margaret. "Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow" (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689. <sup>f</sup>
- Shaffer, Catherine D. "Criminal Liability for Assisting Suicide" (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348.
- Somerville, Margaret A. "Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law" (1986), 36 *U.T.L.J.* 286. <sup>g</sup>
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.
- Velasquez, Manuel G. "Defining Suicide" (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37.
- Williams, Glanville. *The Sanctity of Life and the Criminal Law*. New York: Knopf, 1957. <sup>h</sup>
- Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1890.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
- Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
- Depaule, Léon. «Le droit à la mort: rapport juridique» (1974), 7 *Revue des droits de l'homme* 464.
- Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Knopf, 1993.
- Guillon, Claude, et Yves Le Bonniec. *Suicide, mode d'emploi: histoire, technique, actualité*. Paris: A. Moreau, 1982.
- Keyserlingk, Edward W. *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit*. Document d'étude pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979.
- Note. «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021.
- Otlowski, Margaret. «Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System» (1993), 17 *Crim. L.J.* 10.
- Penrose, Mary Margaret. «Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow» (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689.
- Shaffer, Catherine D. «Criminal Liability for Assisting Suicide» (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348.
- Somerville, Margaret A. «Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law» (1986), 36 *U.T.L.J.* 286.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.
- Velasquez, Manuel G. «Defining Suicide» (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37.
- Williams, Glanville. *The Sanctity of Life and the Criminal Law*. New York: Knopf, 1957.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Melvin J. (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347, dismissing the appellant's application for an order declaring s. 241 of the *Criminal*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la décision du juge Melvin (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347, de rejeter sa requête visant à obtenir une ordonnance déclarant invalide

*Code* invalid. Appeal dismissed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

*Christopher M. Considine and Philip N. Williams*, for the appellant. <sup>a</sup>

*James D. Bissell, Q.C., and Johannes A. Van Iperen, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada. <sup>b</sup>

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

*James F. Sayre and James W. Pozer*, for the intervener British Columbia Coalition of People with Disabilities. <sup>c</sup>

*Martin H. Campbell and Nancy E. Mills*, for the intervener Dying with Dignity. <sup>d</sup>

*Robyn M. Bell*, for the intervener Right to Die Society of Canada.

*Anne M. Molloy and Janet L. Budgell*, for the intervener COPOH. <sup>e</sup>

*A. G. Henderson, Q.C., and Neil Milton*, for the interveners Pro-Life Society of British Columbia and Pacific Physicians for Life Society. <sup>f</sup>

*Robert M. Nelson and Todd J. Burke*, for the interveners Canadian Conference of Catholic Bishops and Evangelical Fellowship of Canada. <sup>g</sup>

*G. Patrick S. Riley and John A. Myers*, for the intervener People in Equal Participation Inc. <sup>h</sup>

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting) —

### I. Facts

The facts of this case are straightforward and well known. Sue Rodriguez is a 42-year-old woman living in British Columbia. She is married and the mother of an 8½-year-old son. Ms. Rodriguez suffers from amyotrophic lateral sclerosis

l'art. 241 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

*Christopher M. Considine et Philip N. Williams*, pour l'appelante.

*James D. Bissell, c.r., et Johannes A. Van Iperen, c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

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

*James F. Sayre et James W. Pozer*, pour l'intervenante British Columbia Coalition of People with Disabilities.

*Martin H. Campbell et Nancy E. Mills*, pour l'intervenante Dying with Dignity.

*Robyn M. Bell*, pour l'intervenante Right to Die Society of Canada.

*Anne M. Molloy et Janet L. Budgell*, pour l'intervenante COPOH.

*A. G. Henderson, c.r., et Neil Milton*, pour les intervenantes Pro-Life Society of British Columbia et Pacific Physicians for Life Society.

*Robert M. Nelson et Todd J. Burke*, pour les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et Evangelical Fellowship of Canada.

*G. Patrick S. Riley et John A. Myers*, pour l'intervenante People in Equal Participation Inc.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) —

### <sup>i</sup> I. Les faits

Les faits de la présente affaire sont simples et bien connus. Sue Rodriguez vit en Colombie-Britannique. Elle a 42 ans et elle est mariée et mère d'un garçon de huit ans et demi. Madame Rodriguez est atteinte de sclérose latérale amyotro-

(ALS), which is widely known as Lou Gehrig's disease; her life expectancy is between 2 and 14 months but her condition is rapidly deteriorating. Very soon she will lose the ability to swallow, speak, walk and move her body without assistance. Thereafter she will lose the capacity to breathe without a respirator, to eat without a gastrostomy and will eventually become confined to a bed.

Ms. Rodriguez knows of her condition, the trajectory of her illness and the inevitability of how her life will end; her wish is to control the circumstances, timing and manner of her death. She does not wish to die so long as she still has the capacity to enjoy life. However, by the time she no longer is able to enjoy life, she will be physically unable to terminate her life without assistance. Ms. Rodriguez seeks an order which will allow a qualified medical practitioner to set up technological means by which she might, by her own hand, at the time of her choosing, end her life.

Ms. Rodriguez applied to the Supreme Court of British Columbia for an order that s. 241(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be declared invalid, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the ground that it violates her rights under ss. 7, 12 and 15(1) of the *Charter*, and was therefore, to the extent it prohibits a terminally ill person from committing "physician-assisted" suicide, of no force and effect by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Melvin J. of the Supreme Court of British Columbia dismissed the appellant's application: (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, McEachern C.J.B.C. dissenting: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553.

## II. Relevant Statutory Provisions

The relevant provision of the *Criminal Code* is as follows:

phique (SLA), plus connue sous le nom de maladie de Lou Gehrig. Son expectative de survie se situe entre 2 et 14 mois, mais son état se détériore rapidement. Très bientôt, elle sera incapable d'avaler, de parler, de marcher et de bouger sans aide. Elle perdra ensuite la capacité de respirer sans respirateur, de manger sans subir une gastrostomie, et elle sera finalement alitée en permanence.

Madame Rodriguez connaît son état, la progression de sa maladie et son dénouement inévitable; elle souhaite décider des circonstances, des conditions et du moment de sa mort. Elle ne souhaite pas mourir tant qu'elle peut encore jouir de la vie. Toutefois, au moment où elle perdra la capacité de jouir de la vie, elle sera physiquement incapable de mettre fin à sa vie, sans assistance. Madame Rodriguez demande donc une ordonnance habilitant un médecin qualifié à mettre en place les moyens technologiques qui lui permettraient au moment qu'elle choisirait de se donner elle-même la mort.

Madame Rodriguez a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant l'al. 241(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, invalide, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour le motif qu'il viole des droits qui lui sont garantis aux art. 7, 12 et au par. 15(1) de la *Charte*, et donc que, dans la mesure où il prohibe un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin, le par. 24(1) est inopérant au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Melvin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de l'appelante: (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, le juge en chef McEachern étant dissident: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 241 du *Code criminel*:

**241. Every one who**

- (a) counsels a person to commit suicide, or  
 (b) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

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

### III. Judgments Below

#### *Supreme Court of British Columbia*

In order to determine whether a right or freedom had been infringed, Melvin J. considered the nature of the right claimed by the appellant, i.e., her right to enjoy her remaining life with the inherent dignity of a human person, the right to control what happens to her body while she is living and the right to have control over the timing, method and circumstances of her death. In the context of s. 7, Melvin J. noted that the appellant based her argument not on a "right to suicide", but on a right to "die with dignity".

241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas:

- a) conseille à une personne de se donner la mort;  
 b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort,

que le suicide s'ensuive ou non.

Les dispositions pertinentes de la *Charte*:

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

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

### III. Les jugements des instances inférieures

#### *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

En vue de déterminer s'il avait été porté atteinte à un droit ou une liberté, le juge Melvin a examiné la nature du droit revendiqué par l'appelante, soit le droit de jouir des derniers moments de sa vie dans la dignité propre à l'être humain, d'être maître de la destinée de son corps pendant sa vie et de choisir le moment, les circonstances et le moyen de sa mort. Au regard de l'art. 7, le juge Melvin a souligné que l'appelante fondait son argumentation non pas sur le «droit de se donner la mort», mais sur le droit de «mourir avec dignité».



Melvin J. observed that in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, the majority of the Court struck down s. 251 of the *Code* as violating a woman's s. 7 right to security of the person on the basis that the effect of the law was to limit a woman's ability to obtain effective and timely "medical treatment". Applying this finding to the case before him, Melvin J. reached the following conclusion:

As to the submission that the right to life, liberty and security of the person of the petitioner and her fundamental choices are affected by s. 241, in my opinion, s. 241 does not impact on her choices. Her choice can be made; the difficulty that she faces is the impact of this disease with reference to the timing of the event she wishes to occur. At best, all the petitioner would have, absent s. 241, would be an opportunity to request a medical professional to assist her in achieving her goal.

Thus, as no physician has a duty to perform the act that the appellant seeks a right to obtain, the right cannot, by definition, be enforced. If anything, the trial judge argued, s. 241(b) interferes with the right of a doctor to assist the appellant if he or she wished to do so. To grant Ms. Rodriguez a remedy under the *Charter*, would, in Melvin J.'s view, be tantamount to imposing a duty on physicians to assist patients who choose to terminate their own lives, which would be "diametrically opposed to the underlying hypothesis upon which a *Charter of Rights and Freedoms* is based, namely, the sanctity of human life".

Melvin J. proceeded to review the purpose of s. 7 and the "Legal Rights" as entrenched under the *Charter*. Based on this analysis, he found that s. 7 will generally come into play when a person is placed in the justice system, and specifically, under the threat of penal sanction or detention. According to the trial judge, Ms. Rodriguez would not come into contact with the criminal justice system regardless of what action she takes; rather, it is the party who assists her in committing suicide who may be placed in jeopardy. In light of this, Melvin J. stated the following:

Le juge Melvin a remarqué que dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, la Cour à la majorité a invalidé l'art. 251 du *Code* qui avait pour effet de restreindre la capacité d'une femme de recevoir un «traitement médical» efficace et opportun et violait ainsi son droit à la sécurité de sa personne, garanti à l'art. 7. Appliquant cette conclusion à la présente affaire, le juge Melvin s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Quant à l'argument selon lequel l'art. 241 porte atteinte au droit de la requérante à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à sa capacité d'effectuer des choix fondamentaux, je conclus que l'art. 241 n'a pas d'incidence sur ses choix. Elle peut exercer un choix; la difficulté tient aux effets de sa maladie sur la détermination du moment où l'événement dont elle souhaite la réalisation surviendra. Au mieux, en l'absence de l'art. 241, la requérante n'aurait que la possibilité de demander à un médecin de l'aider à réaliser son souhait.

Comme aucun médecin n'a le devoir d'accomplir l'acte visé par la requête de l'appelante, le droit qu'elle cherche à obtenir ne peut pas, par définition, être exercé. Tout au plus, selon le juge de première instance, l'al. 241b) fait obstacle au droit d'un médecin d'aider l'appelante s'il ou elle le désire. Accorder à M<sup>me</sup> Rodriguez une réparation fondée sur la *Charte* équivaldrait, de l'avis du juge Melvin, à imposer aux médecins l'obligation d'aider les patients qui choisissent de mettre fin à leur vie, ce qui serait [TRADUCTION] «tout à fait contraire au principe fondamental qui sous-tend la *Charte des droits et libertés*, c'est-à-dire le caractère sacré de la vie humaine».

Le juge Melvin a ensuite analysé l'objectif de l'art. 7 et des garanties juridiques constitutionnalisées dans la *Charte*. Il en a conclu que l'art. 7 entre généralement en jeu lorsqu'une personne a affaire avec le système judiciaire et particulièrement lorsqu'elle risque une peine ou une détention. Suivant le juge de première instance, M<sup>me</sup> Rodriguez, peu importe la conduite qu'elle adopte, ne serait pas touchée par le système de justice criminelle; c'est plutôt la partie qui l'aide à se donner la mort qui pourrait faire face à ce risque. C'est ce qui a amené le juge Melvin à observer:

Her fundamental decisions concerning her life are not restricted by the state. Her illness may restrict her ability to implement her decisions but, in my opinion, that does not amount to an infringement of a right to life, liberty or security of the person by the state. The interests she seeks to protect pursuant to s. 7 are not those which determine the means by which she may be brought before or within the justice system.

According to the trial judge, the appellant was asking the court to go beyond the judicial domain and into the realm of general public policy, which, as this Court cautioned in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, courts should refrain from doing. Melvin J. concluded that it was the illness from which Ms. Rodriguez suffers, not the state or the justice system, which has impeded her ability to act on her wishes with respect to the timing and manner of her death. Also for this reason, the trial judge found no application of the protection afforded by s. 12 to be free from cruel or unusual treatment.

The trial judge referred to *Burke v. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356 (P.E.I.S.C.), as the only Canadian authority regarding the legal status of suicide. In *Burke*, the court had asserted that s. 7 protects the right to life not to death. Melvin J. added that “[t]o interpret s. 7 so as to include a constitutionally guaranteed right to take one’s own life as an exercise in freedom of choice is inconsistent, in my opinion, with life, liberty and the security of the person”. Having found no constitutional right at issue under s. 7 of the *Charter* in this case, the trial judge correspondingly found no violation under s. 7 in the operation of s. 241 of the *Code*.

With respect to the appellant’s claim under s. 15(1), Melvin J. rejected the argument that because it is not unlawful to refuse life-saving or life-prolonging medical treatment, or to commit suicide, or to accelerate death through therapeutic doses of pain relievers, to make physician-assisted suicide unlawful discriminates against physically disabled

[TRADUCTION] Ses choix fondamentaux sur sa vie ne sont pas restreints par l’État. Sa maladie limite peut-être sa capacité de mettre ses décisions en œuvre mais, à mon sens, cela n’équivaut pas à une violation par l’État du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Les intérêts que l’appelante cherche à protéger dans le cadre de l’art. 7 ne sont pas ceux qui établissent les façons dont elle peut être appelée à répondre de ses actes devant les tribunaux.

Selon le juge de première instance, l’appelante demandait à la cour d’aller au-delà du domaine judiciaire pour entrer dans celui de l’ordre public en général, alors que, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, notre Cour a avisé les tribunaux de se garder de franchir ce pas. Le juge Melvin a conclu que c’est la maladie dont M<sup>me</sup> Rodriguez souffre, et non l’État ou le système judiciaire, qui l’empêche de déterminer à son gré le moment et les circonstances de sa mort. Aussi, pour ce motif, le juge a conclu que la protection offerte par l’art. 12 contre les traitements cruels et inusités ne s’appliquait pas.

Le juge de première instance a vu dans le jugement *Burke c. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356 (C.S.Î.-P.-É.), la seule décision canadienne portant sur le statut juridique du suicide. Ce jugement affirmait que l’art. 7 protège le droit à la vie et non à la mort. Le juge Melvin a ajouté qu’[TRADUCTION] «[i]nterpréter l’art. 7 de manière à y inclure le droit garanti par la Constitution de s’enlever la vie au nom de la liberté de choisir est, à mon avis, incompatible avec le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne.» Estimant qu’en l’espèce, aucun droit constitutionnel n’était mis en cause en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, le juge de première instance a donc statué que l’application de l’art. 241 du *Code* ne portait pas atteinte à l’art. 7.

À l’égard de la demande de l’appelante fondée sur le par. 15(1), le juge Melvin a rejeté la prétention suivant laquelle, puisqu’il n’est pas illégal de refuser un traitement médical qui préserve ou prolonge la vie, ou de se donner la mort, ou de précipiter celle-ci au moyen de doses thérapeutiques d’analgésiques, l’illégalité du suicide commis avec

people in the position of Ms. Rodriguez. The trial judge concluded that “[s]ection 241 does not, in my opinion, single out the physically disabled. It is designed to protect, not discriminate; consequently, in my opinion, there has been no violation of that section of the *Charter*”.

Finally, in *obiter*, with respect to whether, should an infringement of the *Charter* be found by a higher court, such an infringement could be saved under s. 1, Melvin J. declared that s. 241 would constitute a reasonable limit on the *Charter*, demonstrably justifiable in a free and democratic society. He reasoned that s. 241 safeguards the welfare of persons making the decision to terminate their life in “a moment of weakness” or those who are especially vulnerable to the influence of others, and prevents the possibilities for abuse which arise in sanctioning those who, regardless of motive, aid and abet in the termination of another’s life.

### *British Columbia Court of Appeal*

#### McEachern C.J.B.C., dissenting

McEachern C.J. commenced his analysis by outlining the history of the assisted suicide provision at common law and in statutory form. McEachern C.J. characterized this evolution as leading towards what he subsequently referred to as “a fairly recent, enlightened medical-jurisprudential trend towards greater humanity and sensitivity towards the awful problems of terminally ill citizens” (p. 163).

McEachern C.J. canvassed the various options open to the terminally ill which are lawful in Canada, including the right to refuse medical treatment and the right to terminate life-supporting devices. He emphasized however, that should a terminally ill patient opt for physician-assisted suicide, this would not only be unlawful for the doctor, but also could subject the patient to charges of conspiracy and, until his or her death, to the charge

l’assistance d’un médecin crée une discrimination à l’égard des handicapés physiques qui sont dans la situation de M<sup>me</sup> Rodriguez. Le juge de première instance a conclu: [TRADUCTION] «À mon sens, l’art. 241 ne différencie pas les handicapés physiques. Il vise à protéger, et non à discriminer; en conséquence, je suis d’avis qu’il n’est pas porté atteinte à cet article de la *Charte*».

<sup>b</sup> Se prononçant enfin, de façon incidente, sur la question de savoir si, dans le cas où une instance supérieure conclurait que la *Charte* est violée, une telle violation est justifiée aux termes de l’article premier, le juge Melvin a déclaré que l’art. 241 constitue une restriction imposée dans une limite raisonnable, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il estimait que, d’une part, l’art. 241 protège les personnes qui prennent la décision de mettre fin à leurs jours [TRADUCTION] «dans un moment de faiblesse» et celles qui sont particulièrement vulnérables à l’influence d’autrui et, d’autre part, il élimine le risque d’abus possibles en punissant ceux <sup>e</sup> qui, quelle que soit leur motivation, aident et encouragent une personne à se donner la mort.

### *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique*

#### <sup>f</sup> Le juge en chef McEachern, dissident

Le juge en chef McEachern a amorcé son analyse par un historique des dispositions relatives à l’aide au suicide en common law et dans la loi. Selon lui, l’évolution mène à ce qu’il a subsé- <sup>g</sup> quemment appelé [TRADUCTION] «une tendance médico-jurisprudentielle assez récente et éclairée, vers une humanité et une sensibilité accrues à l’égard des difficultés terribles auxquelles font face les citoyens en phase terminale» (p. 163).

Le juge en chef McEachern a examiné les différentes options qui s’offrent au malade en phase terminale, et qui sont légales au Canada, dont le droit de refuser un traitement médical et celui d’arrêter les appareils de survie. Il a toutefois souligné que, si le malade en phase terminale choisissait de se donner la mort avec l’aide d’un médecin, d’une <sup>j</sup> part le médecin commettrait un acte illégal et d’autre part le patient s’exposerait à des accusa-

of being a party to commit the offence by those assisting him or her.

McEachern C.J. rejected the appellant's contention that the reasonable management of terminal illness does not engage the common law, stating that physician-assisted suicide could not be considered palliative care. According to McEachern C.J., the only route open to Ms. Rodriguez was under the *Charter*. After reviewing the nature of the purposive inquiry into *Charter* rights and its relation to questions of human dignity, McEachern C.J. held the following (at p. 158):

Considering the nature of the rights protected by the *Charter* in other cases, I have no doubt that a terminally ill person facing what the Appellant faces qualifies under the value system upon which the *Charter* is based to protection under the rubric of either liberty or security of her person. This would include at least the lawful right of a terminally ill person to terminate her own life, and, in my view, to assistance under proper circumstances.

It would be wrong, in my view, to judge this case as a contest between life and death. The *Charter* is not concerned only with the fact of life, but also with the quality and dignity of life. In my view, death and the way we die is a part of life itself.

McEachern C.J. supported this finding principally through reliance on the *Morgentaler* decision, and specifically passages highlighting the flexibility of the protection afforded by the "liberty" and "security of the person" components of s. 7. In his view, a *prima facie* violation of both these components of s. 7 arises when the state imposes prohibitions that have the effect of prolonging the physical and psychological suffering of a person. The question to which McEachern C.J. then turned is whether this deprivation of a terminally ill person's rights under s. 7 may be said to have been done in accordance with the principles of fundamental justice.

tions de complot et, jusqu'à son décès, à une accusation d'être partie à l'infraction commise par ceux qui l'assistent.

<sup>a</sup> Le juge en chef McEachern a rejeté la prétention de l'appelante suivant laquelle la gestion raisonnable d'une maladie terminale ne donne pas lieu à l'application de la common law en précisant que le suicide assisté par un médecin ne pourrait être considéré comme un traitement palliatif. Selon le juge en chef McEachern, la seule voie ouverte à M<sup>me</sup> Rodriguez passait par la *Charte*. Après avoir analysé la nature de l'examen fondé sur l'objet des droits de la *Charte* et de son lien avec la notion de dignité humaine, le juge en chef McEachern a dit ceci à la p. 158:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Compte tenu de la nature des droits qui, dans d'autres cas, sont protégés par la *Charte*, je ne doute pas qu'en vertu de l'échelle de valeurs sur laquelle la *Charte* repose, une personne en phase terminale dans la situation de l'appelante mérite la protection au nom de la liberté ou de la sécurité de sa personne. Une telle protection inclurait au moins le droit d'un malade en phase terminale de mettre fin à ses jours et, à mon avis, d'obtenir de l'aide dans les circonstances appropriées.

<sup>f</sup> Ce serait une erreur, à mon sens, de voir la présente affaire comme un conflit entre la vie et la mort. La *Charte* ne s'attache pas seulement à la vie, mais également à la qualité et à la dignité de celle-ci. À mon avis, la mort et la façon dont elle survient font partie de la vie elle-même.

<sup>h</sup> La conclusion du juge en chef McEachern s'appuie principalement sur l'arrêt *Morgentaler* et particulièrement les passages qui soulignent la souplesse de la protection offerte par les éléments «liberté» et «sécurité de [l]a personne» de l'art. 7. À son avis, lorsqu'il impose des prohibitions qui ont pour effet de prolonger les souffrances physiques et psychologiques d'une personne, l'État viole *prima facie* ces deux éléments de l'art. 7. Le juge en chef McEachern s'est ensuite demandé si l'atteinte aux droits d'une personne en phase terminale garantis à l'art. 7 était conforme avec les principes de justice fondamentale.

McEachern C.J. found in *Morgentaler* support for the position that a provision which operates unequally or causes manifest unfairness would not conform to the substantive element of the principles of fundamental justice. Further, based on the decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, McEachern C.J. established that the substantive element of fundamental justice is not confined to matters described in ss. 8 to 14 of the *Charter*. He pointed out at p. 161 that in *Motor Vehicle*, at p. 512, I had held fundamental justice to include whatever might reasonably be expected in and from a society and a system of justice which is "founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law".

While acknowledging that the case at bar addresses a class of terminally ill people, McEachern C.J. stressed that it was the appellant alone who was before the court. While acknowledging the importance of the policy dimension of this case, he rejected the notion that the courts should abnegate responsibility for interpreting the law and await further direction from Parliament. Finally, with respect to the traditional common law prohibition on suicide, McEachern C.J. found this fact historically interesting but not particularly relevant to the disposition of this case, noting that Parliament removed this prohibition from the *Code* in 1972.

After describing Canadian society's acceptance of palliative care and recognition of the right of the dying to be left alone if they are lucid, McEachern C.J. reached the following conclusion with respect to whether the deprivation of the terminally ill's s. 7 rights is accomplished in accordance with the principles of fundamental justice (at p. 164):

As already mentioned, s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else. When one considers the nobility of such purpose, it must follow as a matter of logic as much as of law, that any provision which imposes an indeterminate period of senseless physical and psychological suffering upon someone who is shortly to die anyway cannot conform with any principle of fundamental justice. Such a provision, by any

Le juge en chef McEachern s'est appuyé sur l'arrêt *Morgentaler* pour conclure qu'une disposition ayant des effets inégaux ou manifestement inéquitable n'est pas conforme à l'élément de fond des principes de justice fondamentale. En outre, se fondant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge en chef McEachern a précisé que, quant au fond, la justice fondamentale ne se limite pas aux situations décrites aux art. 8 à 14 de la *Charte*. Il a souligné à la p. 161 que, dans *Motor Vehicle*, j'avais statué, à la p. 512, que le concept de la justice fondamentale réunissait tout ce qu'on peut raisonnablement attendre d'une société et d'un système judiciaire «fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit».

Tout en reconnaissant que la présente affaire touche une catégorie de malades en phase terminale, le juge en chef McEachern a souligné que seule l'appelante se trouvait devant la cour. Constatant l'importance des questions de principe de la présente affaire, il a toutefois écarté l'idée que les tribunaux devraient renoncer à leur obligation d'interpréter le droit et attendre des directives supplémentaires du législateur. Enfin, le juge en chef McEachern a jugé que la prohibition traditionnelle du suicide en common law était un fait historique intéressant, mais peu pertinent aux fins de la présente affaire, remarquant que le législateur avait retiré la prohibition du *Code* en 1972.

Après avoir dépeint l'acceptation par la société canadienne des soins palliatifs et sa reconnaissance du droit du mourant, s'il est lucide, d'être laissé tranquille, le juge en chef McEachern a répondu ainsi à la question de savoir s'il est porté atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au malade en phase terminale en conformité avec les principes de justice fondamentale (à la p. 164):

[TRADUCTION] Je le répète, l'art. 7 a été adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui. Étant donné la noblesse d'un tel objectif, il doit s'ensuivre logiquement autant que juridiquement qu'une disposition imposant une période indéfinie de souffrance physique et psychologique inutile à une personne qui est de toute façon sur le point de mourir ne peut être conforme à aucun principe de justice fondamentale. En tout point,

measure, must clearly be characterized as the opposite of fundamental justice.

Having found a violation of s. 7 of the *Charter*, McEachern C.J. declined to address the other possible infringements under ss. 12 and 15(1). Rather, he turned his attention to s. 1 of the *Charter* to determine if the violation of s. 7 could be demonstrably justified in a free and democratic society.

McEachern C.J. began by noting the inherent difficulty of finding a provision that deprives someone of a right to liberty or security of the person, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, as nonetheless justified under s. 1. He did not have to face this dilemma, however, as he concluded that s. 241 could not satisfy the *Oakes* test. While s. 241 may have been enacted with a pressing and substantial objective in mind, McEachern C.J. held that it did not impair the rights of the terminally ill, or of the appellant in particular, as little as possible. Therefore, he found that the violation of s. 7 by the operation of s. 241 of the *Code* could not be justified.

McEachern C.J. found s. 241 to be unconstitutional, but only in so far as the operation of the section affected the appellant in her unique circumstances. While acknowledging the distinction which I drew between remedies under s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, McEachern C.J. preferred to fashion a remedy under s. 24(1), directly tailored to the appellant, but structured so as to offer a guideline to future claimants in analogous circumstances.

Therefore, McEachern C.J. held that the section was inoperative to the extent it affected the appellant and any physician assisting her, and that the appellant could proceed to arrange for physician-assisted suicide, provided certain conditions were

une telle disposition doit certainement être déclarée contraire à la justice fondamentale.

Ayant conclu à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, le juge en chef McEachern n'a pas examiné les violations possibles de l'art. 12 et du par. 15(1). Il a plutôt porté son attention sur l'article premier de la *Charte* pour déterminer si la violation de l'art. 7 pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge en chef McEachern a d'abord signalé combien il était difficile de trouver une disposition qui prive une personne du droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne sans être conforme aux principes de justice fondamentale qui soit néanmoins justifiée aux termes de l'article premier. Ce dilemme ne s'est pas présenté puisqu'il a conclu que l'art. 241 ne pouvait satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes*. Bien que l'art. 241 ait pu avoir été adopté pour répondre à un objectif urgent et réel, le juge en chef McEachern a statué qu'il ne portait pas le moins possible atteinte aux droits du malade en phase terminale ou, en l'occurrence, de l'appellante. En conséquence, il a conclu que la violation de l'art. 7 par l'art. 241 du *Code* n'était pas justifiée.

Le juge en chef McEachern a conclu que l'art. 241 était inconstitutionnel, mais uniquement dans la mesure où son application touche l'appellante dans sa situation particulière. Tout en reconnaissant la distinction que j'ai faite entre les réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* et celles qui sont fondées sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef McEachern a préféré élaborer, en se fondant sur le par. 24(1), une réparation exclusivement adaptée à l'appellante et structurée de manière à fournir un guide aux demandeurs futurs qui se trouveraient dans une situation analogue.

Le juge en chef McEachern a donc statué que l'article était inopérant dans la mesure où il visait l'appellante et tout médecin lui prêtant assistance, et que celle-ci pouvait prendre les dispositions nécessaires pour se donner la mort avec l'aide d'un

met. These conditions were set out in the following passage (at pp. 168-69):

First, the Appellant must be mentally competent to make a decision to end her own life, such competence to be certified in writing by a treating physician and by an independent psychiatrist who has examined her not more than 24 hours before arrangements are put in place which will permit the Appellant to actually terminate her life and such arrangements must only be operative while one of such physicians is actually present with the Appellant.

Such certificate must include the professional opinion of the physicians not just that she is competent, but also that, in the opinion of such physicians, she truly desires to end her life and that, in their opinion, she has reached such decision of her own free will without pressure or influence from any source other than her circumstances.

The fact that the Appellant has made her intentions known by bringing these proceedings, and in many other ways, may be taken into consideration by the physicians in reaching their opinions, but they will of course be careful to ensure that the Appellant has not changed her mind since making her earlier declarations.

Secondly, in addition to being mentally competent, the physicians must certify that, in their opinion, (1) the Appellant is terminally ill and near death, and that there is no hope of her recovering; (2) that she is, or but for medication would be, suffering unbearable physical pain or severe psychological distress; (3) that they have informed her, and that she understands, that she has a continuing right to change her mind about terminating her life; and (4) when, in their opinion, the Appellant would likely die (a) if palliative care is being or would be administered to her, and (b) if palliative care should not be administered to her.

Thirdly, not less than three clear days before any psychiatrist examines the Appellant for the purposes of preparing a certificate for the purposes aforesaid, notice must be given to the Regional Coroner for the area or district where the Appellant is to be examined, and the Regional Coroner or his nominee, who must be a physician, may be present at the examination of the Appellant by a psychiatrist in order to be satisfied that the Appellant does indeed have mental competence to decide, and does in fact decide, to terminate her life.

Fourthly, one of the physicians giving any certificate as aforesaid, must re-examine the Appellant each day after the above-mentioned arrangements are put in place to ensure she does not evidence any change in her inten-

médecin sous réserve des conditions énoncées dans le passage suivant (aux pp. 168 et 169):

[TRADUCTION] En premier lieu, l'appelante doit être mentalement capable de décider de mettre fin à ses jours, sa capacité devant être certifiée par écrit par un médecin traitant et par un psychiatre indépendant qui l'aura examinée au plus 24 heures avant la mise en place des moyens qui permettront à l'appelante de mettre fin à sa vie. Ces moyens ne peuvent être fonctionnels qu'en présence d'un des médecins.

Dans le certificat, les médecins doivent exprimer l'opinion qu'elle est capable et qu'à leur avis, elle désire réellement mettre un terme à ses jours et a pris cette décision de plein gré, sans aucune pression ni influence autres que sa propre situation.

Pour former leur opinion, les médecins peuvent tenir compte du fait que l'appelante a fait connaître ses intentions en intentant les présentes procédures et en utilisant plusieurs autres moyens. Ils doivent toutefois évidemment veiller à ce que l'appelante n'ait pas changé d'avis depuis ses dernières déclarations.

En deuxième lieu, les médecins doivent certifier qu'à leur avis, outre qu'elle est mentalement capable, (1) l'appelante est en phase terminale, sur le point de mourir, et il ne subsiste aucun espoir de guérison; (2) qu'elle éprouve ou, sans traitement, éprouverait une douleur physique intolérable ou des souffrances psychologiques graves; (3) qu'ils l'ont avisée et qu'elle comprend qu'il lui est loisible, en tout temps, de renoncer à son projet de mettre fin à ses jours; et (4) à quel moment, selon eux, l'appelante mourrait vraisemblablement a) si un traitement palliatif lui était administré et b) si aucun traitement palliatif ne devait lui être administré.

En troisième lieu, pas moins de trois jours francs avant qu'un psychiatre examine l'appelante afin de rédiger un certificat aux fins mentionnées précédemment, un avis doit être remis au coroner de la région ou du district où l'appelante doit être examinée. Le coroner, ou une personne qu'il désigne, qui doit être médecin, peut être présent à l'occasion de l'examen de l'appelante par un psychiatre afin de vérifier qu'elle est effectivement mentalement capable de décider et qu'elle décide effectivement de mettre fin à sa vie.

En quatrième lieu, l'un des médecins remettant un certificat précédemment mentionné doit réexaminer l'appelante quotidiennement suivant la mise en place des moyens susmentionnés afin de garantir qu'elle n'in-

tion to end her life. If she commits suicide, such physician must furnish a further certificate to the Coroner confirming that, in his or her opinion, the Appellant did not change her mind.

Fifthly, no one may assist the Appellant to attempt to commit suicide or to commit suicide after the expiration of thirty-one days from the date of the first mentioned certificate, and, upon the expiration of that period, any arrangements made to assist the Appellant to end her life must immediately be made inoperative and discontinued. I include this condition to ensure, to the extent it can be ensured, that the Appellant has not changed her mind since the time she was examined by a psychiatrist.

This limitation troubles me greatly as I would prefer that the Appellant be permitted a free choice about the time when she wishes to end her life. I am, however, unwilling to leave it open for a longer period because of the concern I have that the Appellant might change her mind. She is able to proceed at her preferred pace by delaying the time for her psychiatric examination until the time she thinks she is close to the time when she wishes to end her ordeal. If she delays causing her death for more than thirty-one days after such examination then there is a risk either that she had not finally made up her mind, or that, as is everyone's right, she has changed it, or possibly that she is no longer competent to make such a decision.

Lastly, the act actually causing the death of the Appellant must be the unassisted act of the Appellant herself, and not of anyone else.

These conditions have been prepared in some haste because of the urgency of the Appellant's circumstances, and I would not wish judges in subsequent applications to regard them other than as guidelines.

In closing, McEachern C.J. emphasized once again that his remedy is directed specifically towards the appellant in her unique circumstances, and that other people in her situation would have to apply individually to a court to receive a similar order.

#### Hollinrake J.A.

Hollinrake J.A. agreed with McEachern C.J. that, by the operation of s. 241(b) of the *Code*, the appellant is deprived of her s. 7 right to the security of the person. However, he was not of the view

dique aucun changement dans son intention de mettre fin à ses jours. Si elle se donne la mort, ce médecin doit fournir un second certificat au coroner confirmant qu'à son avis, l'appelante n'avait pas changé d'avis.

En cinquième lieu, personne ne peut aider l'appelante à tenter de se donner la mort ou à se donner la mort après l'expiration de trente et un jours à compter de la date de délivrance du premier certificat et, dès l'expiration de ce délai, toutes les mesures prises pour aider l'appelante à mettre fin à ses jours doivent être immédiatement invalidées et interrompues. La présente condition a pour objectif de garantir, dans la mesure du possible, que l'appelante n'a pas modifié son intention depuis son examen par un psychiatre.

Cette limite me perturbe beaucoup car je préférerais que l'appelante puisse choisir librement le moment où elle désire se donner la mort. Toutefois je ne suis pas disposé à accorder un délai plus long parce que je dois tenir compte du fait qu'elle pourrait changer d'avis. Elle peut toutefois procéder à son rythme en retardant le moment de l'examen psychiatrique jusqu'à ce qu'elle estime que le moment de mettre fin à son supplice approche. Si elle ne se donne pas la mort au cours des trente et un jours suivant un tel examen, il est alors possible qu'elle n'ait pas pris sa décision définitivement ou, comme tous en ont le droit, qu'elle ait changé d'idée, ou alors qu'elle soit maintenant incapable de prendre une telle décision.

Enfin, l'acte causant la mort de l'appelante doit être l'acte de l'appelante elle-même, sans aide, et non celui d'autrui.

Ces conditions ont été rédigées avec quelque précipitation étant donné l'urgence de la situation de l'appelante, et je ne souhaite pas que, dans des demandes subséquentes, les juges y voient plus que des directives.

En terminant, le juge en chef McEachern a encore souligné que la réparation s'adresse exclusivement à l'appelante dans sa situation exceptionnelle, et que d'autres personnes dans la même situation devraient s'adresser individuellement à la cour pour obtenir une ordonnance semblable.

#### Le juge Hollinrake

Le juge Hollinrake partage l'opinion du juge en chef McEachern que, par l'application de l'al. 241b) du *Code*, l'appelante était privée de son droit à la sécurité de sa personne garanti à l'art. 7.



that this deprivation contravened the principles of fundamental justice. Hollinrake J.A. set out this position in the following passage (at p. 171):

While there may be only a fine line between physician assisted suicide and palliative care from the viewpoint of medicine (not necessarily the profession as opposed to the science) I think that from a historical and philosophical viewpoint, the difference between palliative care and physician assisted suicide is a marked and significant one.

Hollinrake J.A. stated that the principles of fundamental justice must be anchored in the legislative, social and philosophical context of our society. Citing a range of medical association reports and Law Reform Commission reports, the legislative and medical history of s. 241 of the *Code* suggested to Hollinrake J.A. that the weight of medical opinion and the intent of Parliament favour retaining the prohibition on physician-assisted suicide. He highlighted the enduring distinction between palliative care which is aimed at reducing pain in order to increase the quality of a terminally ill person's remaining life and physician-assisted suicide which is aimed at terminating life.

Hollinrake J.A. proceeded to analyze the *Morgentaler* decision. In his view, *Morgentaler* could be distinguished from the case at bar because in the case of abortion, an exemption was adopted in 1968 that made the activity lawful in certain circumstances. The prohibition against physician-assisted suicide, by contrast, had always been absolute. Based on this, Hollinrake J.A. reached the following conclusion (at p. 177):

In the case before us, there has been no legislative recognition that a physician assisted suicide is in line with contemporary societal views. The case would be different if Parliament had enacted an exception to the prohibition against aiding suicides such as was the case in *Morgentaler*. The difference would be not only because a legislative enactment would show the lead taken by Parliament but also because a statutory exemption could be said to be the result of a public consensus in this controversial area. One must be mindful of the criticism whenever courts say it is the function of Parlia-

Selon lui toutefois, cette atteinte ne contrevenait pas aux principes de justice fondamentale. Le juge Hollinrake a énoncé sa position dans le passage suivant (à la p. 171):

[TRADUCTION] S'il est possible que la différence entre le suicide commis avec l'assistance d'un médecin et les soins palliatifs soit tenue du point de vue médical (pas nécessairement la profession par rapport à la science), j'estime que du point de vue historique et philosophique la différence est à la fois marquée et importante.

Le juge Hollinrake a précisé que les principes de justice fondamentale doivent être ancrés dans le cadre législatif, social et philosophique de notre société. Citant une gamme de rapports d'associations médicales et de rapports de la Commission de réforme du droit, le juge Hollinrake s'est fondé sur l'historique législatif et médical de l'art. 241 du *Code* pour conclure que le poids de l'opinion médicale et l'intention du Parlement privilégient le maintien de la prohibition du suicide commis avec l'assistance d'un médecin. Il a souligné la distinction qui persiste entre les traitements palliatifs, qui visent à atténuer la douleur afin d'améliorer la qualité de la fin de la vie d'une personne en phase terminale, et le suicide commis avec l'assistance d'un médecin, qui vise à mettre fin à la vie.

Le juge Hollinrake a ensuite analysé l'arrêt *Morgentaler*. À son avis, cet arrêt pourrait être distingué de l'espèce puisque, dans le cas de l'avortement, une exemption adoptée en 1968 a légalisé l'activité dans certaines circonstances. Par contre, la prohibition du suicide commis avec le concours d'un médecin a toujours été absolue. Pour ce motif, le juge Hollinrake a tiré la conclusion suivante (à la p. 177):

[TRADUCTION] En l'espèce, la loi n'a pas reconnu que le suicide commis avec l'assistance d'un médecin est accepté par l'opinion de la société contemporaine. La situation serait autre si le législateur avait adopté une exception à l'interdiction d'aider une personne à se suicider, comme ce fut le cas dans *Morgentaler*. La différence tiendrait au fait qu'une disposition législative indiquerait une initiative prise par le législateur et dans le fait que l'on pourrait soutenir que l'exemption législative révèle le consensus public sur ce sujet controversé. Il faut prêter attention aux critiques selon lesquelles

ment to legislate that this effectively means courts are shying away from the full force of the power entrusted to them under the *Charter*. However, it is my view in areas with public opinion at either extreme, and which involve basically philosophical and not legal considerations, it is proper that the matter be left in the hands of Parliament as historically has been the case.

Until there is a basis in legislative, medical or societal views for crossing that line (as there was for the social reform undertaken in *Morgentaler*), Hollinrake J.A. stated that he could find no grounds on which to overturn s. 241. The guiding principle, in his view, underlying society's approach to this problem had always been, and continued to be, the sanctity of life. He added that the appellant in this case is "one of the very persons that it is the focus of s. 241(b) to protect" (p. 180).

Although Hollinrake J.A. held s. 241(b) to be consistent with the *Charter*, he nonetheless decided to comment on the remedial approach adopted by McEachern C.J. Hollinrake J.A. characterized it as an amendment to s. 241(b) which, in his view, infringed on a policy area that has historically and legally been the exclusive province of Parliament. However, though finding that the appeal should be dismissed, Hollinrake J.A. stated that, were he of the view that the deprivation of the security of the person of the appellant was contrary to the principles of fundamental justice, he would not hesitate in endorsing the remedy fashioned by McEachern C.J.

#### Proudfoot J.A.

Proudfoot J.A., while reaching the same result as Hollinrake J.A., restricted her analysis to the proper interpretation and application of the *Morgentaler* decision to the case at bar. In her view, that case was not determinative of the issues in this case because it was specifically directed to the problem of limited access to medical treatment. She stated "[t]he *Morgentaler* case does not, in my view, go beyond preservation of health." She sub-

lorsque les tribunaux disent qu'il incombe au législateur de légiférer, ils se soustraient à la pleine portée du pouvoir qui leur a été conféré sous le régime de la *Charte*. Toutefois, je suis d'avis que, dans les domaines où s'opposent des opinions publiques extrêmes et où sont soulevées des considérations fondamentalement philosophiques et non juridiques, il y a lieu de laisser la question entre les mains du législateur comme ce fut le cas dans le passé.

Jusqu'à ce que l'opinion du législateur, de la profession médicale et de la société permettent le franchissement de cette ligne (comme c'était le cas relativement à la réforme sociale entreprise dans *Morgentaler*), le juge Hollinrake ne voit aucun motif justifiant d'écarter l'art. 241. À son avis, le principe directeur qui sous-tend l'opinion de la société sur ce problème a toujours été, et est encore aujourd'hui, le caractère sacré de la vie. Il a ajouté que l'appelante en l'espèce est [TRADUCTION] «l'une des personnes que l'al. 241b) a pour mission de protéger» (p. 180).

Bien que le juge Hollinrake ait statué que l'al. 241b) était conforme à la *Charte*, il a néanmoins tenu à commenter le mode de réparation choisi par le juge en chef McEachern. Le juge Hollinrake y a vu une modification apportée à l'al. 241b), modification qui, à son avis, empiétait sur des considérations de politique historiquement et légalement réservées exclusivement au Parlement. Toutefois, bien qu'il ait conclu au rejet de l'appel, le juge Hollinrake a ajouté que, s'il avait été d'avis que l'atteinte à la sécurité de la personne de l'appelante était contraire aux principes de justice fondamentale, il n'aurait pas hésité à donner son accord à la réparation conçue par le juge en chef McEachern.

#### Le juge Proudfoot

Si elle a conclu dans le même sens que le juge Hollinrake, le juge Proudfoot a restreint son analyse à l'interprétation et à l'application de l'arrêt *Morgentaler* en l'espèce. À son avis, cet arrêt ne tranchait pas les questions soulevées dans la présente affaire puisqu'il portait exclusivement sur la question de l'accès limité au traitement médical. Selon elle, [TRADUCTION] «[l']arrêt *Morgentaler* ne va pas au-delà de la préservation de la santé». Elle

sequently added, “obviously death is the antithesis of the s. 7 guarantee of ‘life, liberty and security of the person’” (p. 182).

Additionally, Proudfoot J.A. observed that *Morgentaler* was decided in a criminal context. The suggestion that Ms. Rodriguez herself could be liable for conspiracy charges and therefore is in the realm of criminal jeopardy struck Proudfoot J.A. as having “no air of reality”. Thus, she viewed the application before her as seeking to exempt an unnamed person from future criminal liability — a remedy for which, in her opinion, no legal authority or legal precedent existed.

Further, Proudfoot J.A. expressed agreement for the Law Reform Commission’s position that the matter is essentially a policy decision that should be left to Parliament to resolve. In concluding that the appeal should be dismissed, she concluded the following (at p. 186):

In my view, leaving aside the legal and procedural aspects, the broad religious, ethical, moral and social issues implicit in the merits of this case are not suited to resolution by a court on affidavit evidence at the instance of a single individual. On the material available to us, we are in no position to assess the consensus in Canada with respect to assisted suicide . . . I would leave to Parliament the responsibility of taking the pulse of the nation.

#### IV. Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by order of this Court on March 25, 1993:

1. Does s. 241(b) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

a ensuite ajouté que, [TRADUCTION] «de toute évidence, la mort est l’antithèse de la garantie de la «vie, la liberté et la sécurité de la personne» consacrée à l’art. 7» (p. 182).

En outre, le juge Proudfoot a remarqué que l’arrêt *Morgentaler* avait été rendu dans un contexte de droit criminel. L’idée que Mme Rodriguez elle-même s’expose à des accusations de complot et par conséquent aux sanctions du droit criminel a semblé au juge Proudfoot n’avoir [TRADUCTION] «aucune apparence de réalité». Par conséquent, à son avis, la demande dont elle était saisie tentait d’exempter une personne inconnue d’une éventuelle responsabilité criminelle — une réparation qui, à son avis, n’est autorisée en droit par aucun précédent ou autorité.

Par ailleurs, le juge Proudfoot a exprimé son accord avec la position de la Commission de réforme du droit qu’il s’agit essentiellement d’une question de politique dont la résolution revient au Parlement. Se disant d’avis de rejeter l’appel, elle a conclu ce qui suit (à la p. 186):

[TRADUCTION] À mon avis, à l’exception des aspects juridiques et procéduraux, il ne convient pas qu’un tribunal tranche, à la demande d’une seule personne, les grandes questions religieuses, éthiques, morales et sociales propres à la présente affaire, en se fondant sur une preuve par affidavit. La preuve substantielle qui nous est soumise ne nous permet pas d’évaluer le niveau de consensus au Canada à l’égard du suicide assisté [ . . . ] Je suis d’avis qu’il appartient au Parlement de tâter les pouls de la population.

#### IV. Les questions constitutionnelles

Le 25 mars 1993, une ordonnance de notre Cour énonçait les questions constitutionnelles suivantes:

1. L’alinéa 241b) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l’affirmative, est-il justifié par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analysis

I find that s. 241(b) of the *Criminal Code* infringes s. 15(1) of the *Charter*. In my view, persons with disabilities who are or will become unable to end their lives without assistance are discriminated against by that provision since, unlike persons capable of causing their own deaths, they are deprived of the option of choosing suicide. I further find that s. 1 of the *Charter* does not save s. 241(b) of the *Criminal Code*. The means chosen to carry out the legislative purpose of preventing possible abuses do not in my opinion impair as little as reasonably possible the right to equality enshrined in s. 15(1) of the *Charter*.

In view of my findings under s. 15(1), I need not address the constitutionality of the legislation under ss. 7 or 12 of the *Charter*.

(1) *Section 15(1) of the Charter*(a) Method of Analysis

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court defined the way in which the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter* should be considered.

McIntyre J., whose opinion was supported by the majority as to the meaning and scope of s. 15, suggested a three-step analysis to determine whether the *Charter* has been violated. The first step is to determine whether there is an infringement of one of the rights to equality mentioned in that provision. The question essentially is whether the statute makes distinctions between groups or classes of persons based on personal characteristics. If such inequality is found, the second step is to determine whether the inequality is discriminatory. Where there is discrimination, finally, justifications are to be considered in light of s. 1 of the *Charter*.

In discussing the first step of the analysis, McIntyre J. began by noting the essentially comparative

V. Analyse

Je conclus que l'al. 241b) du *Code criminel* viole le par. 15(1) de la *Charte*. En effet, j'estime que les personnes handicapées qui sont ou seront incapables de mettre fin à leur vie sans assistance font l'objet d'une discrimination par l'effet de cette disposition puisque, contrairement aux personnes capables de se donner la mort, elles sont privées de la possibilité de choisir le suicide. Je conclus aussi que l'article premier de la *Charte* ne permet pas de justifier l'al. 241b) du *Code criminel*. À mon avis, les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif, la prévention d'abus éventuels, ne portent pas atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit à l'égalité consacré au par. 15(1) de la *Charte*.

Vu mes conclusions concernant le par. 15(1), je n'ai pas à me prononcer sur la constitutionnalité de la disposition dans le cadre des art. 7 et 12 de la *Charte*.

(1) *Le paragraphe 15(1) de la Charte*a) Méthode d'analyse

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a défini la façon d'aborder le droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge McIntyre, qui a reçu l'appui de la majorité sur la question du sens et de la portée de l'art. 15, a proposé une analyse en trois étapes afin de déterminer si la *Charte* avait été violée. La première consiste à vérifier s'il y a atteinte à un des droits à l'égalité prévus à cette disposition. Il s'agit essentiellement de savoir si la loi établit des distinctions entre des groupes ou catégories de personnes sur le fondement de caractéristiques personnelles. Si une telle inégalité est constatée, la deuxième étape consiste à déterminer si elle est discriminatoire. Dans l'affirmative, les justifications sont finalement examinées en fonction de l'article premier de la *Charte*.

Dans la première étape de l'analyse, le juge McIntyre a d'abord souligné le caractère essentiel-

nature of the difficult concept of equality (at p. 164):

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

However, he rejected the view of equality which sees it as necessarily meaning that persons in similar situations must be given similar treatment, otherwise known as the rule of formal equality. He said (at p. 164):

It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

With this in mind, McIntyre J. adopted the following observations of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 347:

The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

McIntyre J. went on to say that not all inequalities fall within the scope of s. 15(1), only those inequalities which lead to "discrimination". He stated (at p. 172):

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee. [Emphasis added.]

McIntyre J. adopted the following definition of "discrimination" (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on

lement comparatif du délicat concept d'égalité (à la p. 164):

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

Il a toutefois rejeté l'idée selon laquelle l'égalité signifie nécessairement que des personnes se trouvant dans des situations analogues doivent être traitées de façon analogue, connue également comme le critère de l'égalité formelle. Il a affirmé (à la p. 164):

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Dans cet esprit, le juge McIntyre a adopté les propos suivants du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 347:

L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

Le juge McIntyre a ensuite précisé que les inégalités ne donnent pas toutes lieu à l'application du par. 15(1), mais seulement les inégalités donnant lieu à une «discrimination». Il a affirmé (à la p. 172):

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a adopté la définition suivante de la «discrimination» (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fon-

grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, Wilson J. returned to the concept of discrimination. She stated (at pp. 1331-32):

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context . . .

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, I summarized as follows the method of analysis to be used in considering a complaint under s. 15(1) (at p. 992):

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the per-

dée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, le juge Wilson est revenue sur le concept de discrimination, affirmant (aux pp. 1331 et 1332):

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique . . .

En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, j'ai résumé de la manière suivante la méthode d'analyse à suivre à l'égard d'une plainte fondée sur le par. 15(1) (à la p. 992):

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que

sonal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15 — namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Before turning to the application of these principles in terms of s. 241(b) of the *Criminal Code*, it is worth adding certain observations on the concepts of involuntary discrimination and adverse effect discrimination.

(b) Involuntary Discrimination and Adverse Effect Discrimination

In *Andrews, supra*, McIntyre J. confirmed that in connection with the right to equality contained in the *Charter*, courts had to apply the approach taken in connection with various human rights statutes, namely that individuals are not protected only against deliberate and direct discrimination, but also against incidental or indirect discrimination.

In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. explained in connection with the *Ontario Human Rights Code* that an intention to discriminate was not necessary for the anti-discriminatory provisions of that statute to apply, since the purpose of the statute was not to punish the perpetrator of the discrimination but to correct the situation (at p. 547):

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Avant de passer à l'application de ces principes à l'al. 241(b) du *Code criminel*, il est utile d'ajouter quelques remarques sur les concepts de discrimination involontaire et de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

b) La discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable

Dans *Andrews*, précité, le juge McIntyre a confirmé que, dans le contexte du droit à l'égalité reconnu dans la *Charte*, les tribunaux devaient appliquer la position adoptée à l'égard de diverses lois sur les droits de la personne, à savoir que les individus ne sont pas protégés uniquement contre la discrimination volontaire et directe, mais également contre la discrimination involontaire ou indirecte.

Dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre a expliqué, à propos du *Code ontarien des droits de la personne*, que l'intention de discriminer n'était pas requise pour donner application aux dispositions antidiscriminatoires de cette loi, puisque son objectif n'était pas de punir l'auteur de la discrimination, mais bien de corriger la situation (à la p. 547):

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

A distinction based on a prohibited ground, even where made without the intent to disadvantage or deprive of a benefit some person or class of persons, could therefore be discriminatory in terms of human rights legislation.

In the same way, McIntyre J. established that, in order to come within the *Ontario Human Rights Code*, the disputed legislation did not have to directly and expressly create the distinctions on a prohibited ground. An apparently neutral rule could also be discriminatory if its effect was to give rise to such distinctions. This is the adverse effect discrimination concept which McIntyre J. defined and explained the reasons for as follows (at p. 551):

It [adverse effect discrimination] arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

There can be no doubt following *Andrews* that this approach should also be applied in connection with s. 15(1) of the *Charter*. In that decision McIntyre J. adopted the definition of discrimination applied in *Simpsons-Sears*, *supra*, and also emphasized the crucial importance of taking into account the effect of the disputed provision in the analysis pursuant to s. 15(1). Accordingly, he said (at p. 165):

Une distinction fondée sur un motif prohibé, même effectuée sans intention de désavantager ou de priver d'un bénéfice une personne ou une catégorie de personnes, pourrait donc être discriminatoire dans le contexte des lois sur les droits de la personne.

De la même manière, le juge McIntyre a établi que, pour déclencher l'application du *Code ontarien des droits de la personne*, il n'était pas nécessaire que la loi contestée crée directement et expressément des distinctions fondées sur un motif illicite. Une règle en apparence neutre pouvait également être discriminatoire si elle avait pour effet de créer de pareilles distinctions. C'est le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, défini et expliqué par le juge McIntyre dans les termes suivants (à la p. 551):

Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

On ne peut douter, par suite de l'arrêt *Andrews*, que cette théorie s'applique également dans le contexte du par. 15(1) de la *Charte*. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a repris la définition de la discrimination retenue dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, précité, et a également insisté sur la nécessité de tenir compte, dans l'analyse en vertu du par. 15(1), de l'effet de la disposition contestée. Il a affirmé (à la p. 165):



To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

Not only does s. 15(1) require the government to exercise greater caution in making express or direct distinctions based on personal characteristics, but legislation equally applicable to everyone is also capable of infringing the right to equality enshrined in that provision, and so of having to be justified in terms of s. 1. Even in imposing generally applicable provisions, the government must take into account differences which in fact exist between individuals and so far as possible ensure that the provisions adopted will not have a greater impact on certain classes of persons due to irrelevant personal characteristics than on the public as a whole. In other words, to promote the objective of the more equal society, s. 15(1) acts as a bar to the executive enacting provisions without taking into account their possible impact on already disadvantaged classes of persons.

(c) Section 241(b) of the Criminal Code

In applying these rules which I have just stated, I have concluded that s. 241(b) of the *Criminal Code* infringes the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter*. Section 241(b) creates an inequality since it prevents persons physically unable to end their lives unassisted from choosing suicide when that option is in principle available to other members of the public. This inequality is moreover imposed on persons unable to end their

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Non seulement le par. 15(1) impose-t-il au gouvernement une vigilance accrue dans l'établissement de distinctions expresses ou directes sur le fondement de caractéristiques personnelles, mais il fait aussi que des lois également applicables à tous peuvent porter atteinte au droit à l'égalité consacré dans cette disposition, et peuvent donc devoir être justifiées aux termes de l'article premier. Même en imposant des mesures universelles, le gouvernement doit tenir compte de différences qui existent en fait entre les individus et s'assurer, dans la mesure du possible, que les mesures adoptées n'auront pas, en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, des répercussions plus lourdes sur certaines catégories de personnes que sur l'ensemble de la population. En d'autres termes, pour favoriser l'objectif d'une société plus égale, le par. 15(1) s'oppose à ce que les autorités politiques édictent des mesures sans tenir compte de leur effet possible sur des catégories de personnes déjà défavorisées.

c) L'alinéa 241b) du Code criminel

Appliquant les principes que je viens d'exposer, je conclus que l'al. 241b) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Cette disposition crée en effet une inégalité puisqu'elle empêche les personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité est en outre imposée aux personnes inca-

lives unassisted solely because of a physical disability, a personal characteristic which is among the grounds of discrimination listed in s. 15(1) of the *Charter*. Furthermore, in my opinion the inequality may be characterized as a burden or disadvantage, since it limits the ability of those who are subject to this inequality to take and act upon fundamental decisions regarding their lives and persons. For them, the principle of self-determination has been limited.

(i) *An Inequality*

It seems clear that s. 241(b) of the *Criminal Code* creates an inequality in that it prevents persons who are or will become incapable of committing suicide without assistance from choosing that option in accordance with law, whereas those capable of ending their lives unassisted may decide to commit suicide in Canada without contravening the law. Since 1972, attempted suicide has ceased to be a crime in Canada (*Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13, s. 16).

I accept that s. 241(b) was never intended to create such an inequality, and that that provision, which contains no distinction based on personal characteristics, does at first sight treat all individuals in the same way. For the reasons given above, however, saying this does not dispose of the argument that the provision creates inequality. Even if this was not the legislature's intent, and although s. 241(b) does not contain any provision specifically applicable to persons with disabilities, the fact remains that such persons, those who are or will become incapable of committing suicide unassisted, are on account of their disability affected by s. 241(b) of the *Criminal Code* differently from others.

I note in passing that in *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717, the Saskatchewan Court of Appeal, in connection with discrimination based on a physical disability, has demonstrated the absurdity of the argument that there is no discrimination where persons with disabilities receive the same treatment as the general public. Com-

pables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui compte parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. De plus, l'inégalité peut à mon avis être qualifiée de fardeau ou de désavantage puisqu'elle limite la capacité des personnes qui en sont victimes de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie et leur personne. Pour elles, le principe de l'autodétermination a été limité.

(i) *Une inégalité*

Il semble évident que l'al. 241b) du *Code criminel* crée une inégalité en ce qu'il empêche des personnes incapables de se suicider sans assistance de choisir ce geste dans le respect de la légalité, alors que les personnes capables de mettre fin à leurs jours, sans assistance, peuvent décider de se suicider sans contrevenir à la loi au Canada. Depuis 1972, la tentative de suicide n'est plus un crime au Canada (*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, ch. 13, art. 16).

Je conviens que l'al. 241b) n'a jamais eu pour objet de créer cette inégalité et qu'à première vue cette disposition, qui ne contient aucune distinction fondée sur des caractéristiques personnelles, traite tous les individus de la même façon. Pour les motifs évoqués plus haut, cela ne permet toutefois pas d'écarter l'argument selon lequel cette disposition engendre une inégalité. Même si cela n'était pas l'intention du législateur, et même si l'al. 241b) ne contient pas de mesure applicable spécifiquement aux personnes handicapées, il reste que certaines de ces personnes, celles qui sont incapables de se suicider sans assistance, sont touchées différemment des autres, en raison de leur handicap, par l'al. 241b) du *Code criminel*.

Je note en passant que la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717, a bien montré, dans le contexte de la discrimination fondée sur une déficience physique, qu'il est absurde de soutenir qu'il n'y a pas de discrimination lorsque des personnes handicapées reçoivent le même traitement que

menting on this argument, Vancise J.A. stated (at p. 741):

If that interpretation of the meaning of discrimination in s. 12(1)(b) is correct then the right not to be discriminated against for physical disability protected by the Code is meaningless. If that interpretation is correct, I can conceive of no situation in which a disabled person could be discriminated against in the use of accommodation, services or facilities which are offered to the public. If that interpretation is correct, the owner of a public facility, who offers washroom facilities of the same kind offered to the public generally to a disabled person or offers any other service notwithstanding that it cannot be used by a wheelchair reliant person, will then be found to have discharged his obligation under the Code. A physically reliant person does not, in my opinion, acquire an equal opportunity to utilize facilities or services which are of no use to him or her. Identical treatment does not necessarily mean equal treatment or lack of discrimination.

In short, although at first sight persons who cannot commit suicide and those who can are given identical treatment under s. 241(b) of the *Criminal Code*, they are nevertheless treated unequally since by the effect of that provision persons unable to commit suicide without assistance are deprived of any ability to commit suicide in a way which is not unlawful, whereas s. 241(b) does not have that effect on those able to end their lives without assistance.

The question then is whether this inequality is discriminatory. Before turning to this, however, I feel it is necessary to add a few words on the scope of the inequality created by s. 241(b) of the *Criminal Code*. This is a very difficult matter. In my opinion it is better, in the context of the appeal at bar, to refrain from defining too broadly the scope of the inequality resulting from s. 241(b) of the *Code*. As I see it, all that has actually been established in this Court is the inequality due to the effect of s. 241(b) affecting persons suffering from a very serious disability who, as in the case of the appellant, are or will become completely unable to commit suicide without assistance, even assuming that all the usual means of committing suicide are available. I prefer not to express any opinion on

l'ensemble de la population. Commentant cet argument, le juge Vancise a affirmé (à la p. 741):

[TRADUCTION] Si cette interprétation de la discrimination au sens de l'al. 12(1)b) est juste, alors le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur une déficience physique est dénué de sens. Si cette interprétation est correcte, je ne peux entrevoir aucune situation où la personne handicapée serait victime d'une discrimination dans l'utilisation d'aménagements, de services ou d'installations ouvertes au public. En outre, on estimera alors que le propriétaire d'un endroit public offrant à la personne handicapée des salles de toilettes semblables à celles qui sont offertes à la population générale ou offrant des services dont la personne en chaise roulante ne peut se prévaloir s'est acquitté de son obligation aux termes du Code. À mon avis, la personne handicapée ne bénéficie pas d'une chance égale d'utiliser les installations ou les services qui ne lui sont d'aucune utilité. Le traitement identique ne signifie pas nécessairement un traitement égal ou une absence de discrimination.

En bref, si, à première vue, des personnes incapables de se suicider et celles qui le peuvent sont traitées de façon identique par l'al. 241b) du *Code criminel*, elles n'en sont pas moins traitées de façon inégale puisque, par l'effet de cette disposition, les personnes incapables de se suicider sans assistance sont privées de toute possibilité de se suicider d'une manière qui ne soit pas illégale, alors que l'al. 241b) n'a pas cet effet sur les personnes capables de mettre fin à leur vie sans assistance.

Il faut alors déterminer si cette inégalité est discriminatoire. Avant d'examiner la question, j'estime toutefois nécessaire d'ajouter quelques mots sur la portée de l'inégalité créée par l'al. 241b) du *Code criminel*. C'est une question très difficile. À mon avis, il est préférable, dans le contexte du présent pourvoi, de se garder de définir trop largement la portée de l'inégalité créée par l'al. 241b) du *Code*. Seule a réellement été établie devant nous, selon moi, l'inégalité dont sont victimes par l'effet de l'al. 241b) les personnes souffrant d'un handicap très grave qui se trouvent absolument privées, comme ce sera le cas pour l'appelante, de toute possibilité de se donner la mort sans assistance, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels de suicide seraient à leur disposition. Je pré-

the position of persons suffering from less serious disabilities, whose physical condition may certainly complicate access to the usual means of committing suicide, but who if those means were available to them would be capable of doing so. I am not required to express any opinion on this situation and I prefer not to do so, in the absence of information to indicate that, as regards access to methods of suicide, persons with disabilities are in a radically different situation from the rest of the public. The problem also arises in that situation of defining what is a "physical disability" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

I therefore consider that s. 241(b) has an unequal effect on persons who are or will become unable to commit suicide, even assuming that all the usual means are available to them. Is such an inequality discriminatory?

To determine whether the inequality created by s. 241(b) of the *Criminal Code* is discriminatory, it must first be determined whether the effect of that provision is to impose on certain persons or groups of persons a disadvantage or burden or to deprive them of an advantage, benefit and so on. It must then be determined whether that deprivation is imposed by or by the effect of a personal characteristic listed in s. 15(1) of the *Charter*, or a similar characteristic.

(ii) *Disadvantage or Burden*

Does the fact that one is unable to commit suicide in accordance with law constitute a disadvantage or burden giving rise to application of s. 15(1) of the *Charter*?

First, it should be pointed out that the advantage which the appellant claims to be deprived of is not the option of committing suicide as such. She does not argue that suicide is a benefit which she is deprived of by the effect of s. 241(b) of the *Criminal Code*. What the appellant is arguing is that she will be deprived of the right to choose suicide, of her ability to decide on the conduct of her life herself.

fère ne pas me prononcer sur la situation de personnes souffrant de handicaps moins graves, dont l'état physique peut certainement compliquer l'accès aux moyens habituels de suicide, mais qui seraient capables, si ces moyens étaient mis à leur disposition, d'accomplir le geste. Je ne suis pas tenu de me prononcer sur cette situation, et je préfère m'en abstenir en l'absence de données indiquant que, en matière d'accès aux méthodes de suicide, les personnes handicapées sont dans une situation qui diffère radicalement de celle du reste de la population. Se pose également, dans cette situation, la question de la définition de «déficiences physiques» au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

J'estime donc que l'al. 241b) a un effet inégal sur des personnes qui sont ou qui seront incapables de se suicider, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels seraient mis à leur disposition. Cette inégalité est-elle discriminatoire?

Afin de déterminer si l'inégalité créée par l'al. 241b) du *Code criminel* est discriminatoire, il faut d'abord déterminer si cette disposition a pour effet d'imposer à certaines personnes ou groupes de personnes un désavantage ou un fardeau, ou encore de les priver d'un avantage ou d'un bénéfice. Il faut ensuite déterminer si cette privation est imposée en raison ou par l'effet d'une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) de la *Charte* ou encore d'une caractéristique analogue.

(ii) *Un désavantage ou un fardeau*

Le fait de ne pouvoir se donner la mort dans le respect de la légalité constitue-t-il un désavantage ou un fardeau entraînant l'application du par. 15(1) de la *Charte*?

Il faut préciser en premier lieu que l'avantage dont l'appelante prétend être privée n'est pas l'option de commettre le suicide comme telle. Elle ne prétend pas que le suicide est un bénéfice dont elle serait privée par l'effet de l'al. 241b) du *Code criminel*. L'appelante prétend plutôt qu'elle sera privée du droit de choisir le suicide, de sa capacité de décider elle-même de la conduite de sa vie.

In *Turpin, supra*, this Court recognized that being deprived of the right to choose could be a disadvantage or burden for the purposes of an analysis under s. 15(1) of the *Charter*. The difference in treatment in question in that case resulted from the right certain accused had, but the appellants did not, to opt for trial before a judge alone or trial before a judge and jury. Concluding that loss of this right could disadvantage the appellants, Wilson J. adopted at pp. 1329-30 the observations of the Ontario Court of Appeal, which had stated:

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, *i.e.*, whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that *choice* is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. [Emphasis in original.]

Can the right to choose at issue here, that is the right to choose suicide, be described as an advantage of which the appellant is being deprived? In my opinion, the Court should answer this question without reference to the philosophical and theological considerations fuelling the debate on the morality of suicide or euthanasia. It should consider the question before it from a legal perspective — *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530 — while keeping in mind that the *Charter* has established the essentially secular nature of Canadian society and the central place of freedom of conscience in the operation of our institutions. As Dickson J. said in *Big M Drug Mart, supra*, at p. 336:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*.

Dans l'arrêt *Turpin*, précité, notre Cour a reconnu que le fait d'être privé du droit de choisir pouvait constituer un désavantage ou un fardeau dans le contexte d'une analyse en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. La différence de traitement en cause résultait de la possibilité qu'avaient certains accusés, mais dont étaient privés les appelants, de choisir un procès devant un juge seul ou un procès devant un juge et un jury. Concluant que la perte de ce droit pouvait défavoriser les appelants, le juge Wilson a adopté (aux pp. 1329 et 1330) les propos de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait affirmé:

[TRADUCTION] En l'espèce, il ne s'agit pas de décider si une forme de procès est plus avantageuse qu'une autre, c'est-à-dire, si une personne accusée de meurtre est mieux protégée par un procès devant un juge et un jury que par un procès devant un juge seul. Il s'agit plutôt de savoir si le fait d'avoir ce *choix* est un avantage au sens d'un bénéfice de la loi. M<sup>e</sup> Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès» constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. [En italique dans l'original.]

Le droit de choisir en cause ici, c'est-à-dire le droit de choisir le suicide, peut-il être décrit comme un avantage dont l'appelante serait privée? À mon avis, notre Cour doit répondre à cette question en faisant abstraction des considérations philosophiques et théologiques qui animent le débat sur la moralité du suicide ou de l'euthanasie. Nous devons aborder la question qui nous est soumise dans une perspective juridique (*Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530), sans oublier que la *Charte* a consacré le caractère essentiellement laïc de la société canadienne et la place centrale qu'occupe la liberté de conscience dans le fonctionnement de nos institutions. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 336:

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*.

He went on to add (at p. 346):

It should also be noted . . . that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government.

In medical matters, the common law recognizes to a very large degree the right of each individual to make decisions regarding his or her own person, despite the sometimes serious consequences of such choices. In *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119, Cory J., for this Court recently restated the right of a patient to decide on the treatment he is prepared to undergo (at p. 135):

It should not be forgotten that every patient has a right to bodily integrity. This encompasses the right to determine what medical procedures will be accepted and the extent to which they will be accepted. Everyone has the right to decide what is to be done to one's own body. This includes the right to be free from medical treatment to which the individual does not consent. This concept of individual autonomy is fundamental to the common law . . . .

Like the *Charter* itself in several of its provisions, therefore, the common law recognized the fundamental importance of individual autonomy and self-determination in our legal system. That does not mean that these values are absolute. However, in my opinion s. 15(1) requires that limitations on these fundamental values should be distributed with a measure of equality.

In this connection, and without expressing any opinion on the moral value of suicide, I am forced to conclude that the fact that persons unable to end their own lives cannot choose suicide because they do not legally have access to assistance is — in legal terms — a disadvantage giving rise to the application of s. 15(1) of the *Charter*. Is this disadvantage based on a personal characteristic covered by s. 15(1)?

Plus loin, il ajoute, à la p. 346:

. . . il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination.

En matière médicale, la common law reconnaît dans une très large mesure le droit de chacun de prendre des décisions concernant sa propre personne, en dépit des conséquences parfois très graves de ces choix. Récemment, dans l'arrêt *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119, le juge Cory, pour la Cour, a réaffirmé le droit du patient de décider des traitements qu'il acceptera de subir (à la p. 135):

N'oublions pas que tout patient a droit au respect de l'intégrité de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti. Ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la common law . . .

La common law, comme la *Charte* elle-même dans plusieurs de ses dispositions, reconnaît donc l'importance fondamentale de l'autonomie individuelle et de l'autodétermination dans notre système juridique. Cela ne signifie pas que ces valeurs sont absolues. Le paragraphe 15(1) exige toutefois, à mon avis, que les restrictions apportées à ces valeurs fondamentales soient réparties avec une certaine égalité.

Dans ce contexte, et sans me prononcer sur la valeur morale du suicide, je suis forcé de conclure que le fait que les personnes incapables de mettre fin à leur propre vie ne peuvent pas choisir le suicide parce qu'elles n'ont pas légalement accès à une assistance, constitue — sur le plan juridique — un désavantage entraînant l'application du par. 15(1) de la *Charte*. Ce désavantage est-il fondé sur une caractéristique personnelle visée par le par. 15(1)?

(d) Personal Characteristic

In *Andrews, supra*, McIntyre J. stated that the first characteristic of discrimination is that it is “a distinction . . . based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group” (p. 174). Can it be said that the distinction here is “based” on grounds relating to a personal characteristic covered by s. 15(1)? In my view, if s. 15(1) is to be applied to adverse effect discrimination, as McIntyre J. implies, the definition given in *Andrews* should not be taken too literally. I adopt in this regard the observations of Linden J.A., who said in dissent in *Egan and Nesbit v. Canada* (1993), 153 N.R. 161 (F.C.A.), at p. 196:

While a distinction must be based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group in order to be discriminatory, the words “based on” do not mean that the distinction must be designed with reference to those grounds. Rather, the relevant consideration is whether the distinction affects the individual or group in a manner related to their personal characteristics . . .

In other words, the difference in treatment must be closely related to the personal characteristic of the person or group of persons. In the case at bar, there can be no doubt as to the existence of such a connection. It is only on account of their physical disability that persons unable to commit suicide unassisted are unequally affected by s. 241(b) of the *Criminal Code*. The distinction is therefore unquestionably “based” on this personal characteristic. Is it a characteristic covered by s. 15(1)?

A physical disability is among the personal characteristics listed in s. 15(1) of the *Charter*. There is therefore no need to consider at length the connection between the ground of distinction at issue here and the general purpose of s. 15, namely elimination of discrimination against groups who are victims of stereotypes, disadvantages or prejudices. No one would seriously question the fact that persons with disabilities are the subject of unfavourable treatment in Canadian society, a fact

d) Caractéristique personnelle

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a affirmé que la première caractéristique de la discrimination est qu'il s'agit d'«une distinction fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus» (p. 174). Peut-on affirmer que la distinction est ici «fondée» sur des motifs liés à une caractéristique personnelle visée par le par. 15(1)? À mon avis, si, comme le laisse entendre le juge McIntyre, le par. 15(1) doit s'appliquer à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il ne faut pas considérer de façon trop littérale la définition formulée dans l'arrêt *Andrews*. Je fais miens, à cet égard, les propos du juge Linden, qui a affirmé en dissidence, dans l'arrêt *Egan et Nesbit c. Canada* (1993), 153 N.R. 161 (C.A.F.), à la p. 196:

Si une distinction doit être fondée sur des motifs tenant aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe pour être discriminatoire, les mots «fondée sur» ne signifient pas que la distinction doit avoir été conçue par référence à ces motifs. Au contraire, ce qu'il faut examiner, c'est si la manière dont cette distinction affecte l'individu ou le groupe a un rapport avec leurs caractéristiques personnelles . . .

En d'autres termes, la différence de traitement doit être intimement liée à la caractéristique personnelle de la personne ou du groupe de personnes. En l'espèce, l'existence d'un tel lien ne saurait faire de doute. C'est uniquement en raison de déficiences physiques que les personnes incapables de se donner elles-mêmes la mort sont inégalement touchées par l'al. 241b) du *Code criminel*. La distinction est donc indéniablement «fondée» sur cette caractéristique personnelle. S'agit-il d'une caractéristique visée au par. 15(1)?

Les déficiences physiques comptent parmi les caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger longuement sur les liens qui existent entre le motif de distinction ici en cause et l'objectif général de l'art. 15, à savoir l'élimination de la discrimination à l'égard des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages ou de préjugés. Personne ne songerait à contester sérieusement le fait que les handicapés sont l'objet de traitements défa-

confirmed by the presence of this personal characteristic on the list of unlawful grounds of this discrimination given in s. 15(1) of the *Charter*. In *Andrews, supra*, McIntyre J. said (at p. 175):

The enumerated grounds do . . . reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention.

There is also no need to undertake any lengthy demonstration in order to show that persons so physically disabled that they are or will become unable to end their own lives without assistance, even assuming that all the usual means of committing suicide are available to them, fall within the classes of persons with disabilities covered by s. 15(1) of the *Charter*, which contains no definition of the phrase "physical disability". Persons whose movement is so limited are even to some degree the classic case of what is meant by a person with a disability in ordinary speech. I prefer to postpone to a later occasion the task of defining the meaning of the phrase "physical disability" for the purposes of s. 15(1).

It is moreover clear that the class of persons with physical disabilities is broader than that of persons unable to end their lives unassisted. In other words, some persons with physical disabilities are treated unequally by the effect of s. 241(b) of the *Criminal Code*, but not all persons, nor undoubtedly the majority of persons with disabilities, are so treated. The fact that this is not a bar to a remedy under s. 15(1) seems to me to have been clearly decided by *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252.

In *Brooks*, the question was whether unfavourable treatment on account of pregnancy could be regarded as sex discrimination. Responding to the argument that this was not so because all

vorables dans la société canadienne, fait que confirme la mention de cette caractéristique personnelle parmi les motifs illicites de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre dit (à la p. 175):

Les motifs énumérés traduisent [. . .] les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière.

Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une longue démonstration afin d'établir que les personnes handicapées physiquement au point de ne pouvoir mettre fin à leur vie sans assistance, à supposer même que tous les moyens habituels de suicide leur soient offerts, entrent dans la catégorie des personnes souffrant de déficiences physiques au sens du par. 15(1) de la *Charte*, qui ne définit pas l'expression «déficience physique». Les personnes limitées à ce point dans leur mouvement constituent même, dans une certaine mesure, l'exemple type de ce que l'on entend dans le langage courant par une personne handicapée physiquement. Je préfère reporter à une autre occasion la tâche de définir, aux fins du par. 15(1), le sens de l'expression «déficience physique».

Par ailleurs, il est évident que la catégorie des personnes souffrant de déficiences physiques est plus large que celle des personnes incapables de mettre fin elles-mêmes à leur propre vie. En d'autres termes, l'al. 241(b) du *Code criminel* a pour effet de traiter inégalement certaines personnes souffrant de déficiences physiques, mais pas toutes, ni même sans aucun doute la majorité des personnes souffrant d'une déficience physique. Le fait que cela ne constitue pas un obstacle à un recours en vertu du par. 15(1) me semble avoir été clairement établi par les arrêts *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

Il fallait décider dans l'arrêt *Brooks* si un traitement défavorable en raison d'une grossesse pouvait être assimilé à une mesure discriminatoire fondée sur le sexe. Répondant à l'argument que cela



women were not affected by this discriminatory provision, Dickson C.J. said (at p. 1247):

I am not persuaded by the argument that discrimination on the basis of pregnancy cannot amount to sex discrimination because not all women are pregnant at any one time. While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Many, if not most, claims of partial discrimination fit this pattern. As numerous decisions and authors have made clear, this fact does not make the impugned distinction any less discriminating.

In *Janzen* this Court had to determine whether sexual harassment was a form of sex discrimination. The Court of Appeal had accepted the argument that since all women were not affected by this type of behaviour, no discrimination had resulted. Dickson C.J. rejected this argument as follows (at pp. 1288-89):

If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. It is rare that a discriminatory action is so bluntly expressed as to treat all members of the relevant group identically.

#### (e) Conclusion

For all these reasons, I conclude that s. 241(b) of the *Criminal Code* infringes the right to equality guaranteed in s. 15(1) of the *Charter*. This provision has a discriminatory effect on persons who are or will become incapable of committing suicide themselves, even assuming that all the usual means are available to them, because due to an irrelevant personal characteristic such persons are subject to limitations on their ability to take fundamental decisions regarding their lives and persons that are not imposed on other members of Canadian society. I now turn to considering s. 241(b) in light of s. 1.

n'était pas le cas parce que toutes les femmes n'étaient pas visées par cette mesure discriminatoire, le juge en chef Dickson a affirmé (à la p. 1247):

<sup>a</sup> L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. Comme de nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'ont affirmé, cette réalité ne rend pas la discrimination moins discriminatoire.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Janzen*, notre Cour devait déterminer si le harcèlement sexuel était une forme de discrimination fondée sur le sexe. La Cour d'appel avait retenu l'argument que, puisque toutes les femmes n'étaient pas visées par ce type de comportement, il n'en résultait aucune discrimination. <sup>e</sup> Le juge en chef Dickson a rejeté cet argument dans les termes suivants (à la p. 1289):

<sup>f</sup> S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu'une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu'elle s'applique de façon identique à tous les membres du groupe-cible.

#### <sup>g</sup> e) Conclusion

<sup>h</sup> Pour tous ces motifs, je conclus que l'al. 241b) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Cette disposition a un effet discriminatoire sur les personnes incapables de se suicider sans aide, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels de suicide seraient mis à leur disposition, parce qu'en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente, la capacité de ces personnes de prendre des décisions fondamentales relativement à leur vie et à leur personne est assujettie à des restrictions qui ne sont pas imposées aux autres membres de la société canadienne. Je passe maintenant à l'examen de l'al. 241b) en fonction de l'article premier.

(2) *Section 1*(a) Introduction

Having found s. 241(b) of the *Code* to infringe s. 15 of the *Charter*, it is now necessary to determine if this infringement may be justified under s. 1. The onus under s. 1 is on the state to demonstrate that an infringement on a *Charter* right is demonstrably justified in a free and democratic country. The standard that the state must satisfy under s. 1 is now well established and consists of the two branches first outlined in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first branch of the test considers the validity of the legislative objective, while the second branch considers the validity of the means chosen to achieve that objective.

(b) Legislative Objective

The appellant does not appear to dispute that the legislation in question is aimed at the protection of persons who may be vulnerable to the influence of others in deciding whether, when and how to terminate their lives. The trial judge referred to this constituency in the following terms:

... those who may at a moment of weakness, or when they are unable to respond or unable to make competent value judgments, may find themselves at risk at the hand of others who may, with the best or with the worst of motives, aid and abet in the termination of life. Section 241 protects the young, the innocent, the mentally incompetent, the depressed, and all those other individuals in our society who at a particular moment in time decide the termination of their life is a course that they should follow for whatever reason.

I accept this characterization. However, while s. 241(b) has always been intended for the protection of such vulnerable people, the context in which this provision operated was altered when, in 1972, Parliament removed the offence of attempted suicide from the *Criminal Code*. The evidence suggests that the offence of attempted suicide was repealed in order to reflect the prevailing societal view that suicide was an issue related more to health and social policy than to the ambit of the

(2) *L'article premier*a) Introduction

Puisque j'ai conclu que l'al. 241b) du *Code* viole l'art. 15 de la *Charte*, je dois maintenant déterminer si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier. C'est à l'État qu'il incombe d'établir que la justification de la violation d'un droit garanti par la *Charte* peut être démontrée dans le cadre d'un pays libre et démocratique. Le critère auquel doit satisfaire l'État sous le régime de l'article premier est maintenant bien établi et consiste en deux volets, initialement énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le premier volet du critère porte sur la validité de l'objectif législatif et le deuxième sur la validité des mesures adoptées pour l'atteindre.

b) L'objectif législatif

L'appelante ne paraît pas nier que la disposition en cause vise à protéger les personnes qui sont susceptibles de se laisser influencer par d'autres au moment de décider si elles vont mettre fin à leurs vies, à quel moment et de quelle manière. Le juge de première instance a parlé de cet élément essentiel dans les termes suivants:

[TRADUCTION] . . . l'individu qui, dans un moment de faiblesse ou lorsqu'il est incapable de réagir ou de poser des jugements de valeur, s'expose à la volonté de celui qui, animé des meilleures ou des pires intentions, l'aide et l'encourage à se donner la mort. L'article 241 protège le jeune, l'innocent, l'incapable mental, le déprimé et tous les membres de notre société qui, à un moment particulier de leur vie, pensent, pour un motif quelconque, devoir mettre fin à leur vie.

Je souscris à cette interprétation. Cependant, bien que l'al. 241b) ait toujours été destiné à protéger ces personnes vulnérables, le contexte dans lequel il s'appliquait a été modifié en 1972, quand le législateur a abrogé l'infraction de tentative de suicide jusqu'alors prévue au *Code criminel*. La preuve indique que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide traduisait l'opinion prédominante dans la société selon laquelle le suicide relevait plus de la politique sociale et de la santé que

criminal justice system. Parliament by so doing was acknowledging that the threat of jail offered minimal deterrence to a person intent on terminating his or her life.

I also take the repeal of the offence of attempted suicide to indicate Parliament's unwillingness to enforce the protection of a group containing many vulnerable people (i.e., those contemplating suicide) over and against the freely determined will of an individual set on terminating his or her life. Self-determination was now considered the paramount factor in the state regulation of suicide. If no external interference or intervention could be demonstrated, the act of attempting suicide could no longer give rise to criminal liability. Where such interference and intervention was present, and therefore the evidence of self-determination less reliable, the offence of assisted suicide could then be triggered.

As I noted above, however, s. 241(b), while remaining facially neutral in its application, now gave rise to a deleterious effect on the options open to persons with physical disabilities, whose very ability to exercise self-determination is premised on the assistance of others. In other words, can it be said that the intent of Parliament in retaining s. 241(b) after repealing the offence of attempted suicide was to acknowledge the primacy of self-determination for physically able people alone? Are the physically incapacitated, whether by reason of illness, age or disability, by definition more likely to be vulnerable than the physically able? These are the vexing questions posed by the continued existence of the offence of assisted suicide in the wake of the repeal of the attempted suicide provision.

The objective of s. 241(b) also must be considered in the larger context of the legal framework which regulates the control individuals may exercise over the timing and circumstances of their death. For example, it is now established that patients may compel their physicians not to provide them with life-sustaining treatment (*Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)); and

du système de justice criminelle. Le législateur reconnaissait ainsi que la menace d'un emprisonnement ne présentait qu'une infime dissuasion à la personne déterminée à se suicider.

J'estime en outre que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide démontre que le Parlement n'était pas prêt à assurer la protection d'un groupe réunissant un grand nombre de personnes vulnérables (celles qui songent à se suicider) aux dépens de la volonté librement exercée d'une personne décidée à mettre fin à ses jours. L'autodétermination était dorénavant le facteur primordial dans la réglementation du suicide par l'État. Si on ne pouvait démontrer aucune ingérence ni intervention extérieure, la tentative de suicide ne pouvait plus entraîner la responsabilité criminelle. Par contre, si l'ingérence et l'intervention étaient établies et donc que la preuve de l'autodétermination était moins fiable, l'infraction d'aide au suicide peut entrer en jeu.

Toutefois, comme je le dit plus haut, tout en demeurant en apparence neutre dans son application, l'al. 241(b) avait maintenant un effet préjudiciable sur les choix s'offrant aux handicapés physiques, dont la capacité même d'exercer leur autodétermination dépend de l'aide d'autrui. En d'autres termes, peut-on affirmer qu'en conservant l'al. 241(b) après avoir abrogé l'infraction de tentative de suicide, le législateur souhaitait reconnaître la primauté de l'autodétermination pour seulement les personnes physiquement capables? Les personnes incapables physiquement en raison d'une maladie, de l'âge ou d'un handicap sont-elles par définition vraisemblablement plus vulnérables que les personnes physiquement capables? Ce sont là les questions délicates que soulève le maintien de l'infraction d'aide au suicide à la suite de l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide.

L'objectif de l'al. 241(b) doit également être analysé dans le contexte plus général du régime juridique qui régit le contrôle que peuvent exercer les individus sur le moment et les circonstances de leur mort. Par exemple, on reconnaît maintenant que les patients peuvent interdire à leur médecin de leur administrer un traitement essentiel au maintien de leur vie (*Malette c. Shulman* (1990),

patients undergoing life-support treatment may compel their physicians to discontinue such treatment (*Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. S.C.)), even where such decisions may lead directly to death. The rationale underlying these decisions is the promotion of individual autonomy; see *Ciarlariello, supra*, at p. 135. An individual's right to control his or her own body does not cease to obtain merely because that individual has become dependent on others for the physical maintenance of that body; indeed, in such circumstances, this type of autonomy is often most critical to an individual's feeling of self-worth and dignity. As R. Dworkin concisely stated in his recent study, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993), at p. 217: "Making someone die in a way that others approve, but he believes a horrifying contradiction of his life, is a devastating, odious form of tyranny."

I also wish to stress, however, that the scope of self-determination with respect to bodily integrity in our society is never absolute. While there may be no limitations on the treatments to which a patient may refuse or discontinue, there are always limits on the treatment which a patient may demand, and to which the patient will be legally permitted to consent. Palliative care, for example, which is made available to ease pain and suffering in the terminal stages of an illness even though the effect of the treatment may be to significantly shorten life, may not necessarily be made available to a person with a chronic illness but whose death is not imminent: see M. A. Somerville, "Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law" (1986), 36 *U.T.L.J.* 286, at pp. 299-301. Most important of these limits is s. 14 of the *Criminal Code*, which stipulates that an individual may not validly consent to have death inflicted on him or her. Additionally, it is well established that, under the common law, there are circumstances under which an individual's consent to an assault against him or her will not be recognized: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714.

72 O.R. (2d) 417 (C.A.); de même, les patients qui reçoivent des soins leur permettant de rester en vie peuvent contraindre leur médecin à les interrompre (*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.)), même lorsque ces décisions peuvent provoquer directement la mort. Ces décisions se fondent sur la promotion de l'autonomie individuelle; voir *Ciarlariello*, précité, à la p. 135. Le droit d'un individu d'être maître de son propre corps ne cesse pas d'exister du seul fait qu'il dépend maintenant d'autrui pour les soins physiques de son corps; en fait, cette forme d'autonomie est alors souvent essentielle au sentiment de confiance en soi et de dignité d'un individu. Comme le dit en peu de mots R. Dworkin dans son étude récente, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993), à la p. 217: [TRADUCTION] «Faire mourir une personne d'une manière que les autres approuvent, mais qu'elle-même estime être une contradiction horrifiante de sa vie, constitue une forme de tyrannie dévastatrice et odieuse.»

J'aimerais cependant souligner que, dans notre société, le droit à l'autodétermination en matière d'intégrité corporelle n'est jamais absolu. S'il ne peut être imposé aucune restriction au droit du patient de refuser ou d'interrompre un traitement, il existe des limites aux traitements qu'un patient peut exiger, et auxquels il est légalement autorisé à consentir. Le traitement palliatif, par exemple, administré pour atténuer la douleur et la souffrance à l'étape terminale d'une maladie, même s'il a pour effet d'abrégé considérablement la vie, n'est pas nécessairement offert à la personne atteinte d'une maladie chronique, mais dont la mort n'est pas imminente: voir M. A. Somerville, «Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law» (1986), 36 *U.T.L.J.* 286, aux pp. 299 à 301. La plus importante de ces restrictions se trouve à l'art. 14 du *Code criminel*, qui nie à quiconque le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée. En outre, il est bien établi qu'en common law, il existe des circonstances dans lesquelles le consentement d'un individu à subir des voies de fait ne sera pas reconnu: *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

With these limitations in mind, I conclude that the objective of s. 241(b) of the *Code* may properly be characterized as the protection of vulnerable people, whether they are consenting or not, from the intervention of others in decisions respecting the planning and commission of the act of suicide. Underlying this legislative purpose is the principle of preservation of life. Section 241(b) has, therefore, a clearly pressing and substantial legislative objective. For that reason, I find the provision satisfies the first branch of the *Oakes* test. However, I hasten to add that the repeal of the offence of attempted suicide demonstrates that Parliament will no longer preserve human life at the cost of depriving physically able individuals of their right to self-determination. The question to which I must now turn is whether, given the importance of the legislative objective, Parliament is justified in depriving persons with disabilities of their right to an equal measure of self-determination.

### (c) Proportionality

The second branch of the test under s. 1 considers whether a reasonable balance has been struck between the legislative objective and the means chosen to achieve that objective. There are three different components to this inquiry. The first component requires that the means chosen to achieve the objective are rational, fair and not arbitrary. The second component requires that the means impair as minimally as is reasonably possible the right in question. Finally, the third component requires the assessment of whether the infringement on the right is sufficiently proportional to the importance of the objective that is sought to be achieved. Only if the legislation survives each of these components may the limitation of the *Charter* right or freedom be found justifiable under s. 1.

#### (i) *Rational Connection*

The first component of the proportionality test requires that the means chosen to fulfil the legislative objective be carefully designed to meet the objective. Can it be said that a provision which prohibits a person from aiding or abetting another's suicide has been carefully designed to

Compte tenu de ces restrictions, je conclus que l'objectif de l'al. 241b) du *Code* peut être défini à bon droit comme la protection des personnes vulnérables, qu'elles soient consentantes ou non, contre l'intervention d'autrui dans des décisions portant sur la planification et l'exécution de leur suicide. C'est le principe de la préservation de la vie qui sous-tend l'objectif législatif. L'alinéa 241b) est donc fondé sur un objectif législatif manifestement urgent et réel. Pour ce motif, j'estime qu'il satisfait au premier volet du critère établi dans *Oakes*. Je m'empresse cependant d'ajouter que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide révèle que le législateur ne préservera plus la vie humaine au dépens du droit à l'autodétermination des personnes physiquement capables. Je dois maintenant déterminer si, étant donné l'importance de l'objectif législatif, le législateur est justifié de priver la personne handicapée physiquement de son droit à une même mesure d'autodétermination:

#### c) La proportionnalité

Le second volet du critère applicable dans le cadre de l'article premier consiste à déterminer s'il existe un équilibre raisonnable entre l'objectif législatif et les mesures adoptées pour y parvenir. Cette analyse réunit trois éléments. Le premier exige que les mesures adoptées pour atteindre l'objectif soient rationnelles et équitables et qu'elles ne soient pas arbitraires. En vertu du deuxième élément, les moyens doivent porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il est nécessaire, suivant le troisième élément, de déterminer si la violation du droit est suffisamment proportionnelle à l'importance de l'objectif visé. La restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* ne sera justifiée aux termes de l'article premier que si la disposition législative satisfait à chacun de ces éléments.

#### (i) *Le lien rationnel*

Le premier élément du critère de proportionnalité exige que les mesures adoptées soient soigneusement conçues pour atteindre l'objectif législatif. Peut-on affirmer que la disposition qui interdit à quiconque d'aider ou d'encourager quelqu'un à se donner la mort a été soigneusement conçue pour

protect vulnerable people? The government has argued that an absolute prohibition on assisted suicide is necessary as there is no practicable way for the government to divine what the motives of those assisting in a suicide might be. The compassionately motivated, in other words, cannot be distinguished from the corrupt. In light of the irrevocable nature of the act of suicide, the government contends that, in the final analysis, it is necessary and justifiable to thwart the self-determination of some persons with physical disabilities in order to assure the protection of all those who may be vulnerable to being pressured or coerced into committing suicide.

I find that the prohibition of assisted suicide is rationally connected to the objective of protecting vulnerable persons who may be contemplating terminating their own life. As a result of the operation of s. 241(b), it is clear that no one may coercively "assist" another to commit suicide without facing criminal sanction. The limitation of this prohibition to those who require assistance to terminate their own life is, to a certain extent, irrational, since it is based on the untenable assumption that those who require assistance will necessarily be more vulnerable to coercion or other undue influence. As a result, there is no way, under the present legislation, to distinguish between those people whose freely chosen will it is to terminate their life, and those people who are potentially being pressured or coerced by others. Vulnerability, in a sense, is simply imposed on all people who happen to be physically unable to commit suicide independently and the right to choose suicide is therefore removed from this entire class of persons.

This question, however, suggests a problem not so much with the rationality of the means chosen by the state to achieve its objective, but rather with the overbroad nature of the means chosen. The vulnerable are effectively protected under s. 241(b), but so, it would appear, are those who are not vulnerable, who do not wish the state's protection, but who are brought within the operation of s. 241(b) solely as a result of a physical disability. The question of overbreadth in such circumstances

protéger les personnes vulnérables? Le gouvernement soutient que l'interdiction absolue de l'aide au suicide est nécessaire puisqu'en pratique, il lui est impossible de cerner les motifs de la personne qui en aide une autre à se suicider. En d'autres termes, on ne peut distinguer la personne animée de compassion de celle dont les motifs sont malhonnêtes. En outre, vu la nature irrévocable du suicide, le gouvernement soutient qu'en tout état de cause, il est nécessaire et justifié de restreindre le droit à l'autodétermination de certains handicapés physiques afin d'assurer la protection de tous ceux qui, sous la pression ou la contrainte, risquent de se donner la mort.

J'estime que l'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à protéger les personnes vulnérables qui envisagent peut-être de mettre fin à leur vie. L'alinéa 241b) a manifestement pour effet d'assujettir aux sanctions pénales ceux qui, en utilisant la contrainte, «aident» une personne à se suicider. La restriction de cette interdiction à ceux qui ont besoin d'aide pour mettre fin à leur vie est dans une certaine mesure irrationnelle puisqu'elle est fondée sur l'hypothèse insoutenable que ceux qui ont besoin d'aide seront nécessairement plus vulnérables à la contrainte ou à une autre forme d'influence abusive. De ce fait, la disposition législative actuelle ne permet pas d'établir une distinction entre ceux qui ont choisi librement de mettre fin à leurs jours et ceux qui subissent peut-être la pression ou la contrainte d'autrui. Dans un sens, on impose la vulnérabilité à tous ceux qui sont physiquement incapables de se suicider sans aide et cette catégorie entière de personnes est par conséquent privée du droit de choisir le suicide.

Cette situation laisse toutefois entrevoir une difficulté tenant moins à la rationalité des mesures adoptées par l'État pour réaliser son objectif, qu'à la portée excessive des mesures adoptées. Les personnes vulnérables sont effectivement protégées en vertu de l'al. 241b), mais le sont également, semble-t-il, celles qui ne sont pas vulnérables, qui ne souhaitent pas la protection de l'État, et qui sont tout de même soumises à l'application de l'al. 241b) uniquement en raison de déficiences phy-

is properly dealt with under the second component of the proportionality test.

(ii) *Minimal Impairment*

Under the second component of the proportionality test, the question that must be answered is whether the provision in question was carefully designed to impair the equality rights of the appellant as little as reasonably possible.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court distinguished between circumstances where the state performed the role of the “singular antagonist” such as in the prosecution of crime, and circumstances where the state performed the role of “the reconciliation of claims of competing individuals or groups” (p. 994). In *Irwin Toy*, as the following passage indicates, it was found that more flexibility under s. 1 should be accorded legislation that is the result of the balancing of competing interests than where the legislation is primarily prosecutorial (at p. 993):

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature’s deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature’s representative function.

The case at bar does not arise as a result of an actual criminal prosecution; the state is not, in this context, the “singular antagonist”. Indeed, there is no certainty as to whether anyone will be charged with anything on the facts before us. Neither party can guarantee that Ms. Rodriguez will in fact seek assistance to commit suicide at the point when she finds herself physically unable to terminate her life independently. She may choose to live out her life

siques. Le second élément du critère de proportionnalité résout de manière satisfaisante la question de la portée excessive des mesures dans de telles circonstances.

(ii) *L’atteinte minimale*

Selon le deuxième élément du critère de proportionnalité, la disposition en cause doit être soigneusement conçue pour porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits à l’égalité de l’appelante.

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a établi une distinction entre des cas où l’État joue le rôle d’«adversaire singulier», comme lorsqu’il poursuit les criminels, et les cas où il joue un rôle de «conciliation de revendications contraires de groupes ou d’individus» (p. 994). L’arrêt *Irwin Toy*, comme l’indique le passage suivant, dit que, dans le cadre de l’article premier, il faut plus de souplesse face à une disposition législative qui tend à établir un équilibre entre des intérêts opposés que face à une disposition qui vise principalement la poursuite de criminels (à la p. 993):

Pour trouver le point d’équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l’évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l’esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

L’affaire qui nous occupe n’est pas le résultat d’une poursuite criminelle; l’État n’est pas l’«adversaire singulier». Il n’est même pas certain à la lumière des faits qui nous sont soumis que des accusations seront portées contre qui que ce soit. Aucune partie ne peut garantir que M<sup>me</sup> Rodriguez aura effectivement recours à une assistance pour se suicider au moment où elle sera physiquement incapable de mettre fin à ses jours sans aide. Elle

without intervention. She may choose to take her own life while she is still able to do so unassisted.

In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, supra, at p. 1199, which also dealt with a provision of the *Criminal Code* reflecting a policy compromise premised on moral values, I stated that Parliament must be afforded a measure of flexibility in its policy choices:

The role of this Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by our legislators. Prostitution, and specifically, the solicitation for the purpose thereof, is an especially contentious and at times morally laden issue, requiring the weighing of competing political pressures. The issue for this Court to determine is not whether Parliament has weighed those pressures and interests wisely, but rather whether the limit they have imposed on a *Charter* right or freedom is reasonable and justified.

The offence of assisted suicide also may be characterized as “contentious” and “morally laden”; consequently, I think it would be wrong for this Court to unduly circumscribe the ambit of options open to Parliament in addressing the “competing political pressures” that will factor in to such decision-making.

In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1343, I stated that “Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting its objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(d) as little as is reasonably possible. Within this range of means it is virtually impossible to know, let alone be sure, which means violate *Charter* rights the least”. (Emphasis in original.) Similarly, the question to be answered in this case is whether the equality rights of the appellant have been impaired as little as reasonably possible. In so doing, the concern for the intricate and delicate function of Parliament to choose between differing reasonable policy options, some of which may impair a particular individual or group’s rights more than others, should not be misconstrued as providing Parliament with a license for indifference to whatever *Charter* rights it

peut choisir de vivre sa vie sans aucune intervention. Elle peut choisir de mettre fin à sa vie pendant qu’elle est capable de le faire sans assistance.

Dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1199, qui traitait d’une disposition du *Code criminel* traduisant un compromis politique fondé sur des valeurs morales, j’ai affirmé que le Parlement doit bénéficier d’une certaine marge de manœuvre dans ses choix politiques:

Le rôle de cette Cour n’est pas d’évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. La prostitution, et plus précisément la sollicitation en vue de la prostitution, est une question particulièrement controversée et, par moment, chargée d’éléments moraux, qui exige de soupeser des pressions politiques contradictoires. La question que notre Cour doit trancher n’est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu’il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte* est raisonnable et justifiée.

On peut qualifier également l’infraction d’aide au suicide de «controversée» et «chargée d’éléments moraux»; il serait donc injuste pour notre Cour de circonscrire indûment les choix qui s’offrent au Parlement dans l’analyse des «pressions politiques contradictoires» qui forgent sa décision.

Dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1343, j’ai affirmé que «celui-ci [le législateur] n’a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l’al. 11d). Parmi cette variété de moyens, il est pratiquement impossible de savoir, et encore moins de savoir avec certitude, lequel de ces moyens viole le moins les droits garantis par la *Charte*». (Souligné dans l’original.) Aussi, y a-t-il lieu de déterminer en l’espèce s’il a été porté atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits à l’égalité de l’appelante. Pour ce faire, cette préoccupation des choix complexes et délicats demandés au Parlement parmi différentes options politiques raisonnables, dont certaines risquent de porter atteinte aux droits d’un particulier ou d’un groupe plus



deems necessary. As La Forest J. observed in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44:

It should go without saying, however, that the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down. For example, in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, the Ontario Court of Appeal found that s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, which permitted discrimination in athletic organizations and activities on the basis of sex, could not be justified under s. 1. Writing for the majority, Dubin J.A. (as he then was) emphasized (at p. 530) that the sweeping effects of s. 19(2) were disproportionate to the ends sought to be achieved, and that the government had made no effort to justify this broad scope as a reasonable limit on the right to equality.

It was argued that if assisted suicide were permitted even in limited circumstances, then there would be reason to fear that homicide of the terminally ill and persons with physical disabilities could be readily disguised as assisted suicide and that, as a result, the most vulnerable people would be left most exposed to this grave threat. There may indeed be cause for such concern. Sadly, increasingly less value appears to be placed in our society on the lives of those who, for reason of illness, age or disability, can no longer control the use of their bodies. Such sentiments are often, unfortunately, shared by persons with physical disabilities themselves, who often feel they are merely a burden and expense to their families or on society as a whole. Moreover, as the intervener COPOH (Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped) observed in its written submissions, "[t]he negative stereotypes and attitudes which exist about the lack of value and quality inherent in the life of a person with a disability are

qu'à un autre, ne signifie pas que le Parlement peut, quand il le juge nécessaire, enfreindre à sa discrétion des droits garantis par la *Charte*. Comme le juge La Forest le fait observer dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44:

Il va sans dire, cependant, que la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*. Si le gouvernement ne peut démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale en tentant d'atteindre ses objectifs, la loi sera invalidée. Ainsi, dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, qui permet la discrimination fondée sur le sexe dans les organisations et les activités sportives, ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Dubin (tel était alors son titre) a souligné, à la p. 530, que la portée très large du par. 19(2) était disproportionnée aux fins poursuivies et que le gouvernement n'avait fait aucun effort pour justifier qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable au droit à l'égalité.

On a soutenu que, si l'aide au suicide était autorisée même dans des cas limités, il y aurait lieu de craindre que l'homicide d'une personne handicapée ou en phase terminale soit facilement déguisé en une aide au suicide et que les personnes les plus vulnérables soient de ce fait les plus exposées à cette menace sérieuse. Effectivement, il y a peut-être lieu de s'inquiéter. Malheureusement, notre société paraît prêter de moins en moins d'importance à la vie de ceux qui, malades, âgés ou invalides, ne sont plus maîtres de leur corps. De tels sentiments sont malheureusement fréquemment partagés par les personnes physiquement handicapées elles-mêmes, qui pensent fréquemment n'être qu'un fardeau et une dépense pour leur famille ou l'ensemble de la société. En outre, comme l'a remarqué l'intervenante COPOH (Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés) dans son mémoire, [TRADUCTION] «[I]es attitudes et stéréotypes négatifs quant à l'absence de valeur et de qualité propres à la vie d'une per-

particularly dangerous in this context because they tend to support the conclusion that a suicide was carried out in response to those factors rather than because of pressure, coercion or duress”.

The principal fear is that the decriminalization of assisted suicide will increase the risk of persons with physical disabilities being manipulated by others. This “slippery slope” argument appeared to be the central justification behind the Law Reform Commission of Canada’s recommendation not to repeal this provision. The Commission stated the following in its Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 46:

The principal consideration in terms of legislative policy, and the deciding one for the Commission, remains that of possible abuses. There is, first of all, a real danger that the procedure developed to allow the death of those who are a burden to themselves may be gradually diverted from its original purpose and eventually used as well to eliminate those who are a burden to others or to society. There is also the constant danger that the subject’s consent to euthanasia may not really be a perfectly free and voluntary act.

While I share a deep concern over the subtle and overt pressures that may be brought to bear on such persons if assisted suicide is decriminalized, even in limited circumstances, I do not think legislation that deprives a disadvantaged group of the right to equality can be justified solely on such speculative grounds, no matter how well intentioned. Similar dangers to the ones outlined above have surrounded the decriminalization of attempted suicide as well. It is impossible to know the degree of pressure or intimidation a physically able person may have been under when deciding to commit suicide. The truth is that we simply do not and cannot know the range of implications that allowing some form of assisted suicide will have for persons with physical disabilities. What we do know and cannot ignore is the anguish of those in the position of Ms. Rodriguez. Respecting the con-

sonne handicapée sont particulièrement dangereux dans ce contexte puisqu’ils tendent à faire penser qu’un suicide a été commis en réponse à ces facteurs plutôt qu’en réponse à la pression, la contrainte ou la force».

On craint principalement que la décriminalisation de l’aide au suicide accentue le risque que les handicapés physiques soient manipulés par d’autres personnes. Cet argument du «doigt dans l’engrenage» paraît être le fondement principal de la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada de ne pas abroger la disposition en question. La Commission s’est exprimée ainsi dans le Document de travail 28, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 53:

L’argument principal et déterminant pour la Commission reste, toujours sur le plan de la politique législative, celui touchant les abus possibles. Il existe, tout d’abord, un danger réel que la procédure mise au point pour permettre de tuer ceux qui se sentent un fardeau pour eux-mêmes, ne soit détournée progressivement de son but premier, et ne serve aussi éventuellement à éliminer ceux qui sont un fardeau pour les autres ou pour la société. C’est là l’argument dit du doigt dans l’engrenage qui, pour être connu, n’en est pas moins réel. Il existe aussi le danger que, dans bien des cas, le consentement à l’euthanasie ne soit pas vraiment un acte parfaitement libre et volontaire.

Si je partage cette inquiétude profonde quant aux pressions habiles et ouvertes qui risquent d’être exercées sur de telles personnes si l’aide au suicide est décriminalisée, même dans des cas limités, je ne crois pas qu’une disposition législative qui restreint le droit à l’égalité d’un groupe désavantagé puisse être justifiée uniquement par de telles conjectures, toutes bien intentionnées qu’elles soient. Des dangers semblables à ceux soulignés plus haut existaient également pour la décriminalisation de la tentative de suicide. Il est impossible de connaître le degré de pression ou d’intimidation qu’une personne physiquement capable peut avoir subi lorsqu’elle a décidé de se donner la mort. En vérité, nous ne connaissons ni ne pouvons simplement prévoir l’étendue des conséquences que la légalisation d’une certaine forme d’aide au suicide aura sur la personne handicapée

sent of those in her position may necessarily imply running the risk that the consent will have been obtained improperly. The proper role of the legal system in these circumstances is to provide safeguards to ensure that the consent in question is as independent and informed as is reasonably possible.

The fear of a “slippery slope” cannot, in my view, justify the over-inclusive reach of the *Criminal Code* to encompass not only people who may be vulnerable to the pressure of others but also persons with no evidence of vulnerability, and, in the case of the appellant, persons where there is positive evidence of freely determined consent. Sue Rodriguez is and will remain mentally competent. She has testified at trial to the fact that she alone, in consultation with her physicians, wishes to control the decision-making regarding the timing and circumstances of her death. I see no reason to disbelieve her, nor has the Crown suggested that she is being wrongfully influenced by anyone. Ms. Rodriguez has also emphasized that she remains and wishes to remain free not to avail herself of the opportunity to end her own life should that be her eventual choice. The issue here is whether Parliament is justified in denying her the ability to make this choice lawfully, as could any physically able person.

While s. 241(b) restricts the equality rights of all those people who are physically unable to commit suicide without assistance, the choice for a mentally competent but physically disabled person who additionally suffers from a terminal illness is, I think, different from the choice of an individual whose disability is not life-threatening; in other words, for Ms. Rodriguez, tragically, the choice is not whether to live as she is or to die, but rather when and how to experience a death that is inexorably impending. I do not, however, by observing this distinction, mean to suggest that the terminally ill are immune from vulnerability, or that they are

physiquement. Ce que nous connaissons, et que nous ne pouvons négliger, c’est l’angoisse de ceux qui sont dans la situation de M<sup>me</sup> Rodriguez. Respecter le consentement de ces personnes implique nécessairement le risque que celui-ci ait été obtenu irrégulièrement. Le rôle du système juridique dans ces circonstances consiste à offrir des garanties pour que le consentement en cause soit aussi indépendant et informé qu’il est raisonnablement possible.

L’argument du «doigt dans l’engrenage» ne peut à mon avis justifier que, par sa portée excessive, le *Code criminel* atteigne non seulement des gens qui peuvent être vulnérables à la pression des autres, mais aussi des personnes ne démontrant aucune vulnérabilité, et, dans le cas de l’appelante, des personnes qui, selon une preuve positive, donnent leur consentement librement. Sue Rodriguez est et restera mentalement capable. Elle a témoigné devant les instances inférieures du fait qu’elle seule, après avoir consulté ses médecins, souhaite décider elle-même du moment et des circonstances de sa mort. Je ne vois aucune raison de ne pas la croire, et le ministère public n’a pas non plus indiqué qu’elle est injustement influencée par autrui. Madame Rodriguez a également souligné qu’elle demeure libre et souhaite demeurer libre de ne pas se prévaloir de la possibilité de mettre fin à sa vie si elle en décide ainsi. Il s’agit en l’espèce de déterminer si le législateur est justifié de lui nier la possibilité d’exercer ce choix dans la légalité, comme pourrait le faire toute personne physiquement capable.

Si l’alinéa 241b) restreint les droits à l’égalité de toutes les personnes qui sont physiquement incapables de se donner la mort sans assistance, le choix, pour une personne mentalement capable, mais physiquement handicapée, qui souffre par ailleurs d’une maladie fatale, est je crois différent du choix qui s’offre à la personne dont le handicap n’est pas fatal; en d’autres termes, pour M<sup>me</sup> Rodriguez, tragiquement, il ne s’agit pas de choisir entre vivre dans son état actuel ou mourir, mais plutôt de choisir le moment et la façon de mourir d’une mort inexorablement imminente. Toutefois, en établissant cette distinction, je ne veux pas dire

less likely to be influenced by the intervention of others whatever their motives. Indeed, there is substantial evidence that people in this position may be susceptible to certain types of vulnerability that others are not. Further, it should not be assumed that a person with a physical disability who chooses suicide is doing so only as a result of the incapacity. It must be acknowledged that mentally competent people who commit suicide do so for a wide variety of motives, irrespective of their physical condition or life expectancy.

The law, in its present form, takes no account of the particular risks and interests that may be at issue in these differing contexts. The Law Reform Commission used the distinction between these differing contexts to justify its recommendation not to decriminalize assisted suicide in the Working Paper 28, *supra*, at pp. 53-54:

... the prohibition in section 224 is not restricted solely to the case of the terminally ill patient, for whom we can only have sympathy, or solely to his physician or a member of his family who helps him to put an end to his suffering. The section is more general and applies to a variety of situations for which it is much more difficult to feel sympathy. Consider, for example, a recent incident, that of inciting to mass suicide. What of the person who takes advantage of another's depressed state to encourage him to commit suicide, for his own financial benefit? What of the person who, knowing an adolescent's suicidal tendencies, provides him with large enough quantities of drugs to kill him? The "accomplice" in these cases cannot be considered morally blameless. Nor can one conclude that the criminal law should not punish such conduct. To decriminalize completely the act of aiding, abetting or counselling suicide would therefore not be a valid legislative policy. [Emphasis added.]

I agree with the importance of distinguishing between the situation where a person who is aided in his or her decision to commit suicide and the situation where the decision itself is a product of

que les malades en phase terminale sont à l'abri de la vulnérabilité ni qu'il est moins probable qu'ils soient influencés par l'intervention d'une autre personne, peu importe les motifs de celle-ci. En réalité, il existe une preuve abondante que des personnes se trouvant dans cette situation sont sujettes à certaines formes de vulnérabilité auxquelles d'autres ne sont pas. En outre, on ne devrait pas présumer que la personne physiquement handicapée qui choisit le suicide n'agit ainsi qu'en raison de son incapacité. Il faut reconnaître que des personnes mentalement capables qui se donnent la mort le font pour des raisons très diverses, indépendamment de leur état physique ou de leur espérance de vie.

La loi, dans sa forme actuelle, ne tient aucun compte des risques et des intérêts particuliers qui peuvent être en jeu dans ces contextes différents. La Commission de réforme du droit a eu recours à la distinction entre ces différents contextes pour justifier sa recommandation de ne pas décriminaliser l'aide au suicide dans son Document de travail 28, *op. cit.*, à la p. 61:

... la prohibition de l'article 224 n'est pas restreinte au seul cas du patient en phase terminale, pour lequel on ne peut qu'éprouver de la sympathie, ni au seul cas de son médecin ou de l'un de ses proches qui l'aide à mettre fin à ses souffrances. L'article est beaucoup plus général. Il s'applique à une variété de situations pour lesquelles il est plus difficile d'éprouver une telle sympathie. Que dire par exemple, pour reprendre un fait qui s'est passé récemment, de l'incitation à un suicide collectif? Que dire de celui qui, profitant de l'état dépressif d'une autre personne, la pousse au suicide pour en tirer un bénéfice pécuniaire? Comment juger le geste de celui qui, connaissant les tendances suicidaires d'un adolescent, lui procure des médicaments en dose suffisante pour le tuer? On ne saurait affirmer dans ce cas que le «complice» n'est pas moralement blâmable. On ne saurait non plus conclure que le droit criminel devrait s'abstenir de sanctionner ces conduites. Décriminaliser complètement l'aide, le conseil et l'encouragement au suicide n'est donc probablement pas une politique législative valable sur un plan général. [Je souligne.]

Je suis d'accord qu'il est important de faire une distinction entre le cas d'une personne aidée dans sa décision de se donner la mort et le cas où la décision elle-même résulte de l'influence de quel-

someone else's influence. However, I fail to see how preventing against abuse in one context must result in denying self-determination in another. I remain unpersuaded by the government's apparent contention that it is not possible to design legislation that is somewhere in between complete decriminalization and absolute prohibition.

In my view, there is a range of options from which Parliament may choose in seeking to safeguard the interests of the vulnerable and still ensure the equal right to self-determination of persons with physical disabilities. The criteria for assuring the free and independent consent of Ms. Rodriguez set out in McEachern C.J.'s dissenting reasons in the Court of Appeal seem designed to address such concerns though they relate only to terminally ill persons. Regardless of the safeguards Parliament may wish to adopt, however, I find that an absolute prohibition that is indifferent to the individual or the circumstances in question cannot satisfy the constitutional duty on the government to impair the rights of persons with physical disabilities as little as reasonably possible. Section 241(b) cannot survive the minimal impairment component of the proportionality test, and therefore I need not proceed to the third component of the proportionality test. As a result, I find the infringement of s. 15 by this provision cannot be saved under s. 1.

### (3) *Remedy*

As I have found a limitation of s. 15 which cannot be justified under s. 1, it is necessary to consider what remedial effect this holding should have.

#### (a) Reading In/Reading Down

This is not an appropriate case for either of the remedies of reading down or reading in. Since the extent of the inconsistency in this case is the blanket nature of the prohibition in s. 241(b), there is no part of the provision which can be read down or severed in order to render it constitutional. As for

qu'un d'autre. Toutefois, je ne vois pas comment la prévention des abus dans un contexte doit résulter en la restriction du droit à l'autodétermination dans un autre. Je ne suis pas convaincu par l'argument du gouvernement semblant indiquer qu'il est impossible de concevoir une disposition législative se situant entre la décriminalisation complète et la prohibition absolue.

À mon avis, il existe une gamme d'options parmi lesquelles le Parlement peut choisir afin de sauvegarder les intérêts des personnes vulnérables tout en garantissant aux personnes handicapées physiquement un droit égal à l'autodétermination. Les critères permettant de garantir que le consentement de M<sup>me</sup> Rodriguez est libre et indépendant, énoncés dans les motifs dissidents du juge en chef McEachern de la Cour d'appel, semblent destinés à répondre à de telles préoccupations, bien qu'ils concernent uniquement les malades en phase terminale. Peu importe les garanties que le Parlement peut souhaiter adopter, j'estime toutefois qu'une prohibition absolue, qui ne tient pas compte de l'individu ou des circonstances en cause, ne peut satisfaire à l'obligation constitutionnelle du gouvernement de porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits des handicapés physiques. L'alinéa 241b) ne satisfaisant pas à la norme de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité, je n'ai pas à me prononcer sur le troisième élément du critère. En conséquence, je conclus que la disposition, qui viole l'art. 15, n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

### (3) *La réparation*

Puisque j'ai conclu que la violation de l'art. 15 ne peut se justifier dans le cadre de l'article premier, il y a lieu de déterminer la mesure corrective qui convient.

#### a) Interprétation large/Interprétation atténuée

Ni l'interprétation large ni l'interprétation atténuée ne sont des réparations appropriées en l'espèce. En effet, puisque l'incompatibilité tient au caractère général de l'interdiction prévue à l'al. 241b), on ne peut la rendre acceptable du point de vue constitutionnel en dissociant une partie de la

reading in, the guidelines I discussed in *Schachter v. Canada*, *supra*, indicate that reading in is not appropriate, given the range of alternative schemes from which the Court would have to choose. In other words, the best constitutional way to achieve the legitimate legislative objective, short of an absolute prohibition, is not obvious. Reading in an assisted suicide “code” to apply for an indefinite period following this decision would certainly not comport with Parliament’s decision to impose an absolute prohibition, and would also raise serious concerns about the roles of the courts and the legislature.

(b) Declaration of Invalidity

The most common remedial order where a statutory provision is found to violate the *Charter*, and reading down or reading in are inappropriate, is a declaration that the provision is henceforth of no force or effect. However, this Court has recognized that an immediate declaration of invalidity is not always advisable, especially where, as here, the provision pursues an important objective but is over-inclusive: were this Court to strike down the provision effective immediately, those whom the government could protect constitutionally with a more tailored provision, and who indeed should be protected, would be left unprotected. This would clearly pose a “potential danger to the public” as understood in *Swain* and *Schachter*, *supra*.

For this reason, I would suspend the declaration that s. 241(b) is of no force or effect for a period long enough to allow Parliament to address this most difficult issue. In my view, one year from the date of this judgment would give Parliament adequate time to decide what, if any, legislation should replace s. 241(b).

disposition ou en lui donnant une interprétation atténuée. Quant à l’interprétation large, les directives que j’ai mentionnées dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, précité, indiquent que cette mesure ne convient pas, étant donné la gamme de mécanismes de rechange parmi lesquels la Cour devrait effectuer un choix. En d’autres termes, la meilleure façon constitutionnelle d’atteindre l’objectif législatif légitime, mise à part l’interdiction absolue, n’est pas évidente. Élaborer un «code» relatif au suicide assisté, qui s’appliquerait pendant une période indéterminée à la suite de la présente décision, ne serait certainement pas compatible avec la décision du Parlement d’imposer une interdiction absolue. En outre, cette solution susciterait de sérieuses inquiétudes sur les rôles respectifs des tribunaux et du législateur.

b) Déclaration d’invalidité

La mesure corrective la plus courante à l’égard d’une disposition législative jugée incompatible avec la *Charte*, lorsque ni l’interprétation atténuée ni l’interprétation large ne conviennent, est une déclaration portant que la disposition sera dorénavant inopérante. Notre Cour a toutefois reconnu qu’une déclaration d’invalidité immédiate n’est pas toujours souhaitable, particulièrement lorsque, comme en l’espèce, la disposition vise un objectif important, mais a une portée excessive: si notre Cour déclarait la disposition immédiatement inopérante, les personnes que le gouvernement pourrait protéger constitutionnellement à l’aide d’une disposition mieux adaptée et qui doivent effectivement être protégées, seraient laissées sans aucune protection. Une telle situation risquerait de toute évidence de présenter un «danger pour le public», au sens donné à cette expression dans les arrêts *Swain* et *Schachter*, précités.

Pour cette raison, je suis d’avis de suspendre l’effet de la déclaration portant que l’al. 241b) est inopérant pendant une période suffisante pour permettre au Parlement de se pencher sur cette question très délicate. À mon avis, un délai d’un an à compter du présent jugement devrait donner au Parlement assez de temps pour déterminer, le cas échéant, la nature de la disposition qui devrait remplacer l’al. 241b).

(c) Personal Remedy — Constitutional Exemption

While this suspended declaration of invalidity will afford relief to those affected by the legislation once the suspension period expires, a remedy must also be available to Ms. Rodriguez in this case. In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, in the context of discussing the meaning of “court of competent jurisdiction” in s. 24(1), I wrote that “[t]o create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur” (p. 196). The cases to date are unclear on the precise status and rights of persons subject to the law during a period of suspended invalidity, since this Court has never before been faced by a litigant denied a personal remedy because the legislation is challenged under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* rather than s. 24(1) of the *Charter*.

In *Swain*, I held, for the majority, that the provisions of the *Criminal Code* authorizing the indefinite detention of those found not guilty by reason of insanity violated the *Charter*, but suspended the declaration of invalidity for a “transitional period” of six months. However, I also tailored the legislative scheme which would apply within that transitional period, limiting automatic detention orders to a duration of 30 to 60 days. I also allowed the parties to apply to the Court to seek to extend the transitional period or modify the regimen set out. It was not necessary to deal with *Swain*’s particular case since I entered a stay of proceedings, the Lieutenant Governor of Ontario having vacated his warrant and effected his absolute discharge.

Therefore, *Swain* indicates that the legislation subjected to a suspended declaration of invalidity will not necessarily be left operative in all of its violative aspects, and that the Court has jurisdic-

c) Réparation individuelle — Exemption constitutionnelle

Si la présente déclaration d’invalidité, dont l’effet est suspendu, doit offrir un redressement à ceux qui sont visés par la disposition après la période de suspension, il faut néanmoins accorder une réparation à M<sup>me</sup> Rodriguez en l’espèce. Dans l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, j’ai analysé le sens de l’expression «tribunal compétent» au par. 24(1), puis indiqué que «[c]réer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l’un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d’accorder une réparation en cas de violation de la Constitution» (p. 196). Jusqu’à maintenant, la jurisprudence n’a pas défini clairement le statut et les droits explicites des personnes assujetties à la loi pendant la suspension de la déclaration d’invalidité, notre Cour n’ayant encore jamais eu à se prononcer sur le cas d’une personne privée d’une réparation individuelle parce que la disposition législative est contestée en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* plutôt qu’en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Swain*, j’ai statué au nom de la majorité que les dispositions du *Code criminel* autorisant la détention pour une période indéterminée d’une personne acquittée pour cause d’aliénation mentale violaient la *Charte*, mais j’ai suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité pour une «période transitoire» de six mois. J’avais cependant élaboré le régime législatif qui s’appliquerait pendant cette période transitoire en limitant les ordonnances de détention à une durée de 30 à 60 jours. J’avais également autorisé les parties à présenter une requête à la Cour afin de demander la prolongation de la période transitoire ou la modification du régime institué. Comme j’avais prononcé l’arrêt des procédures et que le lieutenant-gouverneur de l’Ontario a ordonné la levée de son mandat et la libération inconditionnelle de *Swain*, je n’ai pas eu à me prononcer sur le cas particulier de ce dernier.

Par conséquent, l’arrêt *Swain* indique que la loi qui fait l’objet d’une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu ne s’applique pas nécessairement dans tous ses aspects inconstitutionnels et

tion under s. 52 to make the declaration subject to such conditions as it considers just and necessary to vitiate the impact of the violation during the period of the suspension.

The possibility that a form of immediate personal relief may be granted during the suspension period was also suggested in subsequent decisions. In *Schachter*, I addressed the relationship between ss. 24(1) and 52 remedies in depth. I recognized the availability of a suspended declaration of invalidity, but noted (at p. 716) that it was a "serious matter", for where that invalidity arose out of a *Charter* violation, it "allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation". While recognizing that "[t]here may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases", I later suggested that there was some flexibility to temper this result (at p. 720):

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* . . . . It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. [Emphasis added.]

As Parliament had repealed and replaced the legislation at issue in *Schachter* before the appeal was heard, it was not necessary to make a declaration of invalidity, or to decide whether and on what terms to suspend that declaration or grant an immediate remedy.

This case raises before the Court, for the first time, the necessity of granting a personal remedy in conjunction with a suspended declaration of invalidity. I am of the view that an appropriate personal remedy for Ms. Rodriguez during the period

que, sous le régime de l'art. 52, la Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire assorti des conditions qu'elle estime justes et nécessaires pour annuler l'effet de la violation au cours de la période de suspension.

La possibilité qu'une forme de réparation individuelle immédiate soit accordée au cours de la période de suspension a été également proposée dans des arrêts subséquents. Dans l'arrêt *Schachter*, j'ai analysé en profondeur la relation entre les réparations prévues au par. 24(1) et à l'art. 52. J'ai reconnu qu'il était possible de suspendre une déclaration d'invalidité, tout en signalant (à la p. 716) qu'il s'agissait d'une «question sérieuse» puisque, lorsque l'invalidité découle d'une violation de la *Charte*, on se trouve à «permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*». Tout en reconnaissant qu'il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers», j'ai par la suite indiqué qu'il existait une certaine marge de manœuvre pour atténuer ce résultat (à la p. 720):

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [. . .] Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaldrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. [Je souligne.]

Puisque, avant l'audition de l'affaire *Schachter* par notre Cour, le Parlement avait abrogé puis remplacé la disposition législative en cause, il n'était pas nécessaire de prononcer une déclaration d'invalidité ni de décider s'il convenait, et à quelles conditions, de suspendre l'effet de la déclaration ou d'accorder une réparation immédiate.

La présente affaire soulève pour la première fois devant notre Cour la nécessité d'accorder une réparation à une personne concurremment avec une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu. Je suis d'avis qu'il convient d'accorder à



of suspension is what has been called a “constitutional exemption”. The possibility of a constitutional exemption where otherwise, or temporarily, valid legislation is unconstitutional in its application to a particular group has been recognized only in *obiter* statements of this Court.

In *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 315, Dickson J. distinguished the positions of a corporation which challenged legislation under s. 2(a) of the *Charter* from that of a natural person who holds religious beliefs, holding that the corporation was entitled to challenge the legislation, since “it is one thing to claim that the legislation is itself unconstitutional, it is quite another to claim a ‘constitutional exemption’ from otherwise valid legislation, which offends one’s religious tenets”. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. returned to the remedy of a so-called “constitutional exemption”, characterizing the earlier decision as follows (at p. 783):

In *Big M Drug Mart Ltd.* at p. 315, the majority of the Court left open the possibility that in certain circumstances a “constitutional exemption” might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals whose religious freedom was adversely affected by the legislation.

Different members of the Court have returned to the constitutional exemption described by Dickson C.J. In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, McLachlin J., for the Court, noted that allowing exemptions from unconstitutionally over-broad legislation would have a chilling effect, preventing people from engaging in lawful behaviour because the prohibition remains “on the books”.

In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, a case concerning a challenge to the federal provisions prohibiting public servants from working for or against candidates or political parties, Wilson J., for herself and L’Heureux-Dubé J.,

M<sup>me</sup> Rodriguez, pendant la période de suspension, une réparation qu’on a appelée «exemption constitutionnelle». Dans des opinions incidentes, notre Cour a reconnu la possibilité d’accorder une exemption constitutionnelle là où une disposition législative valide est par ailleurs, ou temporairement, inconstitutionnelle dans son application à un groupe particulier.

Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 315, le juge Dickson a distingué les situations de la personne morale qui conteste la validité d’une loi en vertu de l’al. 2a) de la *Charte* et de la personne physique qui a des croyances religieuses, statuant alors que la personne morale avait le droit de contester la loi puisque «c’est une chose que de prétendre que la loi est elle-même inconstitutionnelle, mais c’est autre chose que de réclamer une «exemption constitutionnelle» de l’application d’une loi par ailleurs valide qui va à l’encontre de ses principes religieux». Dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson est revenu sur la réparation connue sous le nom d’«exemption constitutionnelle», décrivant ainsi la décision antérieure (à la p. 783):

À la page 315 de l’arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour à la majorité n’a pas nié la possibilité d’accorder à certaines personnes, dans certains cas, une «exemption constitutionnelle» de l’application d’une loi par ailleurs valide qui porte atteinte à leur liberté de religion.

Divers juges de la Cour sont revenus à la notion d’exemption constitutionnelle énoncée par le juge en chef Dickson. Dans l’arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, le juge McLachlin au nom de la Cour a remarqué qu’accorder une exemption d’une loi jugée inconstitutionnelle du fait de sa portée trop générale aurait un effet paralysant, puisqu’on empêcherait ainsi des personnes de s’engager dans des activités licites parce que l’interdiction est toujours «en vigueur».

Dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, où étaient contestées des dispositions fédérales interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat aux élections, le juge Wilson,

wrote (at pp. 76-77) that once legislation is found to be over-inclusive, infringes a *Charter* right and cannot be justified under s. 1,

the Court has no alternative but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution. I do not believe it is open to the Court in these circumstances to create exemptions to the legislation (which, in my view, presupposes its constitutional validity) and grant individual remedies under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, it is not, in my opinion, open to the Court to cure over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books.

Wilson J. argued that s. 24(1) existed to provide an appropriate and just remedy to individuals, and cited the decision of Dickson J. in *Big M Drug Mart*, who said that where a challenge is based on the unconstitutionality of legislation, "recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant" (p. 313). Wilson J. also distinguished between a constitutional exemption and "reading down", since the latter was a matter of interpreting the legislation so as to conform to the *Charter*, while the former amounted to overriding what had been found to be the "proper" interpretation.

Sopinka J. (Cory and McLachlin JJ. concurring), referred in *Osborne* to reading down and the constitutional exemption as "companions", and stated that they could achieve the same result. He noted that the Ontario Court of Appeal adopted the constitutional exemption in *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300. Sopinka J. declined to apply either remedy in *Osborne*, stating (at p. 105) that "[t]o maintain a section that is so riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and

en son nom et en celui du juge L'Heureux-Dubé, a écrit à la p. 77 que, dès qu'on conclut que la loi est de portée excessive, qu'elle viole un droit garanti par la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier au sens de l'article premier,

la Cour [ . . . ] ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Je ne crois pas qu'il soit loisible à la Cour dans ces circonstances de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui présuppose, selon moi, sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En d'autres termes, j'estime que la Cour ne saurait remédier à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive.

Selon le juge Wilson, le par. 24(1) a pour objet d'offrir aux individus une réparation convenable et juste; à cet égard, elle a invoqué les motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, qui a affirmé que, dans les cas où la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité de la loi, «il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance» (p. 313). Le juge Wilson a également établi une distinction entre l'exemption constitutionnelle et l'«interprétation atténuée», cette dernière consistant à interpréter la loi d'une manière qui soit compatible avec la *Charte*, alors que la première équivaut à faire fi de ce qui avait été reconnu comme une interprétation «juste».

Dans l'arrêt *Osborne*, le juge Sopinka (avec l'appui des juges Cory et McLachlin) a qualifié l'exemption constitutionnelle de «corollaire» de l'interprétation atténuée, avant d'indiquer que tous deux pouvaient atteindre le même résultat. Il a remarqué que la Cour d'appel de l'Ontario avait eu recours à l'exemption constitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300. Le juge Sopinka s'est toutefois refusé à accorder l'une ou l'autre réparation dans l'arrêt *Osborne*, indiquant (à la p. 105) que «maintenir en vigueur un article entaché de tant de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représen-

would constitute a greater intrusion on the role of Parliament.”

This Court responded to the Ontario Court of Appeal’s use of the constitutional exemption in *Seaboyer* in its decision on appeal: [1991] 2 S.C.R. 577. In *Seaboyer*, the majority of the Ontario Court of Appeal endorsed a case-by-case constitutional exemption, involving a determination of whether the former rape-shield provisions of the *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 and 277 (now repealed)) violated the accused’s *Charter* right to make a full answer and defence. I concurred in McLachlin J.’s reasons for the majority, in which she assumed, without deciding, that granting a constitutional exemption was open to the Court, but decided that it could not apply in the case at bar as fashioned by the Court of Appeal. She based her decision on three factors. First, the exemption fashioned by the majority of the Court of Appeal gave the trial judge a discretion to not apply the blanket prohibition of the section where it would result in a *Charter* violation, thus saving the law in one sense but “dramatically” altering it in another by substituting a regime of exceptions for the blanket prohibition. Second, a regime based on judicial discretion would replace one set of common law notions of relevancy, which Parliament clearly sought to exclude, with another. Third, McLachlin J. argued that the practice would amount to tautologically telling trial judges not to apply the law where it should not be applied because of the resulting *Charter* violation; in the absence of criteria outside the *Charter*, it would never be necessary to strike down legislation under such an approach. McLachlin J. distinguished *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* on the basis that those cases concerned a situation where certain groups, whose characteristics were determinable by criteria outside of the *Charter* (i.e., store owners who closed on days other than Sunday for religious reasons), claimed an exemption from the operation of the legislation, thus satisfying the requirement that the law be certain and predictable. McLachlin J. also noted that, in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. rejected the notion that the Court should read constitutional standards into legislation, which would be the effect of setting

terait un empiétement plus prononcé sur le rôle du Parlement.»

Notre Cour a réagi à l’utilisation de l’exemption constitutionnelle par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Seaboyer* dans son jugement rendu en appel: [1991] 2 R.C.S. 577. Dans cette affaire, la Cour d’appel de l’Ontario, à la majorité, a adopté la solution de l’exemption constitutionnelle cas par cas, consistant à déterminer si les anciennes dispositions sur la protection des victimes de viol du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 et 277 (maintenant abrogés)) violaient le droit de l’accusé, garanti par la *Charte*, à une défense pleine et entière. J’ai souscrit aux motifs du juge McLachlin, qui s’exprimait au nom de la majorité, dans lesquels elle présumait, sans en décider, que la Cour pouvait accorder une exemption constitutionnelle. Elle a toutefois statué, qu’elle ne pouvait être accordée de la manière conçue par la Cour d’appel, et ce, pour trois raisons. En premier lieu, l’exemption élaborée par la Cour d’appel à la majorité conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer l’interdiction générale de l’article lorsqu’il en résulterait une violation de la *Charte*, sauvegardant ainsi la loi dans un sens, mais en la modifiant «sensiblement» dans un autre, en substituant un régime d’exceptions à l’interdiction générale. En deuxième lieu, le régime reposant sur le pouvoir discrétionnaire du juge remplacerait un ensemble de notions de pertinence reconnues en common law, que le Parlement avait clairement cherché à exclure, par un autre. En troisième lieu, le juge McLachlin a soutenu que la pratique équivaldrait à dire inutilement aux juges de première instance de ne pas appliquer la loi quand elle ne devrait pas l’être parce qu’elle a pour effet de violer la *Charte*; en l’absence de critère étranger à la *Charte*, il ne serait jamais nécessaire en vertu d’une telle conception de déclarer une loi inopérante. Le juge McLachlin a ensuite fait une distinction avec les arrêts *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, notant qu’ils visaient une situation où certains groupes, dont les caractéristiques pouvaient être déterminées à l’aide de critères étrangers à la *Charte* (c’est-à-dire des propriétaires de magasins qui fermaient leurs portes un autre jour que le dimanche

standards for the application of a constitutional exemption.

The scope of the constitutional exemption, then, has been limited by the majority of this Court: an over-broad blanket prohibition should not be tempered by allowing judicially granted exemptions to nullify it, and the criteria on which the exemption would be granted must be external to the *Charter*. That is, the fact that the application of the legislation to the party challenging it would violate the *Charter* cannot be the sole ground for deciding to grant the exemption; rather, there must be an identifiable group, defined by non-*Charter* characteristics, to whom the exemption could be said to apply.

The remedy requested by Ms. Rodriguez, and that fashioned by McEachern C.J., can best be understood as constitutional exemptions. The appellant asks for “a declaration that the operation of s. 241(b) of the *Criminal Code* violates [her] constitutionally guaranteed rights and that, upon compliance with certain conditions, neither the Appellant nor any physician assisting her to attempt to commit, or to commit suicide, will by that means commit any offence against the law of Canada”. McEachern C.J. preferred “to leave s. 241 alone for the good things it does” (p. 166) and looked to s. 24(1) of the *Charter* for a “less drastic remedy” than that required by s. 52. He also noted that he was concerned only with a single appellant, and that others would have to come to court to establish their identity as members of a class “in the same position as she is” and that individual remedies would have to be fashioned for each of

pour des raisons religieuses), réclamaient une exemption de l'application de la loi, satisfaisant ainsi aux exigences de certitude et de prévisibilité de la loi. Le juge McLachlin a également remarqué que, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a rejeté la notion selon laquelle la Cour devrait interpréter la loi de manière à y inclure des normes constitutionnelles, ce qui résulterait de l'établissement de normes relatives à l'application d'une exemption constitutionnelle.

La portée de l'exemption constitutionnelle a donc été restreinte par la majorité de notre Cour: une interdiction générale de portée excessive ne devrait pas être atténuée par des exemptions accordées par les tribunaux afin de l'annuler, et les critères en fonction desquels l'exemption est accordée devraient être étrangers à la *Charte*. En somme, le fait que l'application de la loi à la partie qui la conteste violerait la *Charte* ne peut à lui seul justifier l'exemption; au contraire, il doit exister un groupe identifiable, délimité en fonction de caractéristiques étrangères à la *Charte*, auquel l'exemption pourrait s'appliquer.

La réparation demandée par M<sup>me</sup> Rodriguez et celle élaborée par le juge en chef McEachern peuvent être mieux comprises en tant qu'exemptions constitutionnelles. L'appelante demande une [TRADUCTION] «déclaration portant que l'application de l'al. 241b) du *Code criminel* viole [ses] droits garantis par la Constitution et que, s'ils respectent certaines conditions, ni l'appelante ni aucun médecin l'aidant à tenter de se donner la mort ou à se donner la mort ne commettront ainsi une infraction à la loi du Canada». Le juge en chef McEachern a préféré [TRADUCTION] «ne pas toucher à l'art. 241 en raison de ses aspects positifs» (p. 166) pour rechercher dans le par. 24(1) de la *Charte* une «réparation moins draconienne» que celle requise par l'art. 52. Il a également souligné qu'il s'occupait d'une seule personne, l'appelante. D'autres seraient dans l'obligation de se présenter devant les tribunaux pour établir leur appartenance à une catégorie de personnes [TRADUCTION] «dans la même situation que l'appelante», et des réparations

them. He also drew the following distinction (at p. 167):

Thirdly, even though the result under both sections may seem to be the same, the analysis under the two sections, in these circumstances, is different. In either event, in order to prevent abuse, the court would be required to attach conditions to any remedy which, under s. 52, might be thought to apply to all members of the class of persons in the position of the Appellant. Moreover, attaching conditions to a remedy under s. 52 is much more like legislating than is the case when conditions are made a part of a personal remedy. A remedy under s. 24(1), on the other hand, applies only to the Appellant.

Therefore, I think it is clear that McEachern C.J., even if he did not use the term “constitutional exemption”, was thinking in terms of that particular remedy.

I am in agreement with many of the concerns Wilson J. expressed in *Osborne* about constitutional exemptions, and would address them by holding that constitutional exemptions may only be granted during the period of a suspended declaration of invalidity. In this circumstance, the provision is both struck down and temporarily upheld, making the constitutional exemption peculiarly apt, and limiting its application to situations where it is absolutely necessary. The exemption is only available for a limited time, so that the Court is not put in the position of, in the words of Wilson J., curing “over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books” (p. 77). Nor is the Court put in the position of appearing to save a blanket prohibition in one respect while “dramatically altering it” in another by granting exemptions from that prohibition. The blanket prohibition is saved for reasons only of practical necessity, so granting exemptions where the necessity does not exist avoids the contradiction. Because I have held that the equality rights of all persons who are or will become physically unable to commit unassisted suicide are infringed, that description captures the class of persons to whom the constitu-

individuelles devraient alors être adaptées à chaque cas. Il a également établi la distinction suivante (à la p. 167):

[TRADUCTION] Troisièmement, bien que les deux articles semblent entraîner le même résultat, l'analyse qu'ils suscitent, dans ces circonstances, est différente. De toute façon, afin d'éviter les abus, la cour devrait assortir de conditions toute réparation qui, en vertu de l'art. 52, pourrait être présumée s'appliquer à tous les membres d'une catégorie de personnes dans la situation de l'appelante. En outre, assortir de conditions une réparation fondée sur l'art. 52 revient beaucoup plus à légiférer qu'assortir de conditions une réparation individuelle. Par ailleurs, la réparation fondée sur le par. 24(1) ne s'applique qu'à l'appelante.

Par conséquent, il me paraît évident que, même s'il n'a pas utilisé l'expression «exemption constitutionnelle», le juge en chef McEachern songeait à cette forme de réparation.

Je partage un grand nombre des préoccupations exprimées par le juge Wilson dans l'arrêt *Osborne* au sujet des exemptions constitutionnelles, et j'y répondrais en concluant qu'elles peuvent être accordées uniquement pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Dans ce cas, la disposition est à la fois invalidée et temporairement maintenue, ce qui rend l'exemption constitutionnelle particulièrement opportune et limite son application aux cas de nécessité absolue. L'exemption n'est en vigueur que pour une période limitée, de sorte que la Cour ne se trouve pas, selon les propos du juge Wilson, à remédier «à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive» (p. 77). En outre, la Cour ne paraît pas non plus maintenir une interdiction générale dans un sens tout en la «modifiant sensiblement» dans un autre en accordant des exemptions à cette interdiction. L'interdiction générale n'est maintenue que pour des raisons de nécessité pratique; de sorte que l'octroi d'exemptions lorsqu'il n'y a pas cette nécessité n'entraîne aucune contradiction. J'ai conclu qu'il est porté atteinte aux droits à l'égalité de toutes les personnes qui sont ou qui deviendront physiquement incapables de se donner la mort sans aide et cette description correspond à la catégorie de per-

tional exemption may be available; the class is not defined with reference only to *Charter* concepts and values.

The constitutional exemption I propose would be available only on the authority of a superior court order, granted on terms similar to those outlined by McEachern C.J. The criteria he suggests provide adequate safeguards that the concerns necessitating the suspension of invalidity are not present in any case which may come before the courts. However, I would make an important change to the order he would have granted in this appeal.

I have held that s. 241(b) violates the equality rights of all persons who desire to commit suicide but are or will become physically unable to do so unassisted. Restricting the remedy to those who are terminally ill, and suffering from incurable diseases or conditions, as McEachern C.J. would have, does not follow from the principles underlying my holding, and might well itself give rise to a violation of the equality rights of those who do not fit that description but wish to commit suicide and need assistance. Therefore, I would eliminate that part of McEachern C.J.'s conditions for a court order granting the constitutional exemption. There is another aspect of McEachern C.J.'s order that has caused me concern. One of McEachern C.J.'s conditions is that the act of terminating the appellant's life be hers and not anyone else's. While I believe this to be appropriate in her current circumstances as a mechanism can be put in place allowing her to cause her own death with her limited physical capabilities, why should she be prevented the option of choosing suicide should her physical condition degenerate to the point where she is no longer even physically able to press a button or blow into a tube? Surely it is in such circumstances that assistance is required most. Given that Ms. Rodriguez has not requested such an order, however, I need not decide the issue at this

sonnes à laquelle l'exemption constitutionnelle peut être accordée; la catégorie en question n'est pas définie en fonction seulement de concepts et de valeurs reconnus par la *Charte*.

L'exemption constitutionnelle que je propose ne serait accordée que par ordonnance d'une cour supérieure, et serait assortie de conditions semblables à celles établies par le juge en chef McEachern. Les critères qu'il propose permettent de garantir suffisamment que les considérations justifiant la suspension de la déclaration d'invalidité ne se présentent pas dans les cas soumis aux cours. Toutefois, j'apporterais un changement important à l'ordonnance qu'il aurait accordée dans le présent pourvoi.

J'ai conclu que l'al. 241b) viole les droits à l'égalité de toutes les personnes qui souhaitent se suicider, mais qui sont ou seront physiquement incapables de le faire sans assistance. La restriction de la réparation aux malades en phase terminale qui souffrent d'une maladie ou d'un état incurables, comme le juge en chef McEachern l'aurait fait, n'est pas conforme aux principes qui sous-tendent ma décision, et pourrait même entraîner une violation des droits à l'égalité de ceux qui ne répondent pas à cette description, mais qui souhaitent se donner la mort et ne peuvent le faire sans assistance. Par conséquent, je supprimerais cette partie des conditions énoncées par le juge en chef McEachern dans une ordonnance de la cour accordant l'exemption constitutionnelle. Un autre aspect de l'ordonnance du juge en chef McEachern me préoccupe. Une des conditions énoncées par le juge en chef McEachern est que l'acte qui mettra fin à la vie de l'appelante soit le sien et non l'acte de quelqu'un d'autre. Bien que cette condition convienne à sa situation actuelle, puisqu'on peut mettre en place un mécanisme qui lui permettra de causer sa propre mort, malgré ses capacités physiques limitées, pourquoi lui interdire l'option de choisir le suicide si son état se détériorait au point de ne plus être physiquement capable de pousser un bouton ou de souffler dans un tube? C'est certainement dans de telles circonstances que l'aide est la plus indispensable. Étant donné que M<sup>me</sup> Rodriguez n'a pas demandé d'ordonnance de ce

time. Therefore, I prefer to leave it to be resolved at a later date.

To summarize, then, I would make a constitutional exemption available to Ms. Rodriguez, and others, on the following conditions:

- (1) the constitutional exemption may only be sought by way of application to a superior court;
- (2) the applicant must be certified by a treating physician and independent psychiatrist, in the manner and at the time suggested by McEachern C.J., to be competent to make the decision to end her own life, and the physicians must certify that the applicant's decision has been made freely and voluntarily, and at least one of the physicians must be present with the applicant at the time the applicant commits assisted suicide;
- (3) the physicians must also certify:
  - (i) that the applicant is or will become physically incapable of committing suicide unassisted, and (ii) that they have informed him or her, and that he or she understands, that he or she has a continuing right to change his or her mind about terminating his or her life;
- (4) notice and access must be given to the Regional Coroner at the time and in the manner described by McEachern C.J.;
- (5) the applicant must be examined daily by one of the certifying physicians at the time and in the manner outlined by McEachern C.J.;
- (6) the constitutional exemption will expire according to the time limits set by McEachern C.J.; and
- (7) the act causing the death of the applicant must be that of the applicant himself, and not of anyone else.

I wish to emphasize that these conditions have been tailored to the particular circumstances of Ms.

type, je n'ai pas besoin de trancher cette question en l'espèce. Je préfère donc laisser la résolution de cette question à plus tard.

En bref, je suis d'avis d'accorder à M<sup>me</sup> Rodriguez, et à d'autres, une exemption constitutionnelle assortie des conditions suivantes:

- (1) l'exemption constitutionnelle ne peut être demandée que par voie de requête à une cour supérieure;
- (2) un médecin traitant et un psychiatre indépendant doivent certifier, de la manière et au moment proposés par le juge en chef McEachern, que le requérant est capable de décider de mettre fin à sa vie, et les médecins doivent certifier que sa décision a été prise librement et volontairement. En outre, au moins un des médecins doit être auprès du requérant, au moment où il se donne la mort avec l'aide requise;
- (3) les médecins doivent également certifier:
  - (i) que le requérant est ou deviendra physiquement incapable de se suicider sans assistance et (ii) qu'ils l'ont informé, et qu'il comprend, qu'il continue d'avoir le droit de changer d'avis au sujet de son intention de se donner la mort;
- (4) le coroner régional doit recevoir un avis et être autorisé à être présent au moment et de la manière décrits par le juge en chef McEachern;
- (5) le requérant doit subir un examen quotidien par l'un des médecins qui établit le certificat au moment et de la manière proposés par le juge en chef McEachern;
- (6) l'exemption constitutionnelle prendra fin conformément aux délais fixés par le juge en chef McEachern; et
- (7) le geste causant la mort du requérant doit être son propre geste, et non celui d'autrui.

Je tiens à souligner que ces conditions sont conçues en fonction de la situation particulière de M<sup>me</sup>

Rodriguez. While they may be used as guidelines for future petitioners in a similar position, each application must be considered in its own individual context.

## VI. Disposition

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 241(b) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

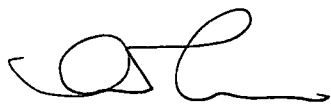
Answer: Yes.

2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

I would therefore allow the appeal, with costs to the appellant against the Attorneys General of British Columbia and Canada, and declare s. 241(b) to be of no force or effect, on the condition that the effect of this declaration be suspended for one year from the date of this judgment. During that one-year suspension period, a constitutional exemption from s. 241(b) may be granted by a superior court on application, on the terms and in accordance with the conditions set out above. In the case of Ms. Rodriguez, in light of the factual record before this Court, it is not necessary for her to make application to a superior court. As long as she satisfies the conditions outlined above, she is granted the constitutional exemption and may proceed as she wishes.

DATED AT OTTAWA this *4<sup>th</sup>* day of August 1993



Antonio Lamer, C.J.C.

Rodriguez. Elles peuvent être utilisées comme lignes directrices pour d'autres requérants futurs qui se trouveraient dans la même situation, mais chaque requête devra être examinée dans son contexte individuel particulier.

## VI. Dispositif

Je donnerais les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 241**b**) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens à l'appelante contre les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada, et de déclarer l'al. 241**b**) inopérant, à la condition que l'effet de la présente déclaration soit suspendu pendant un an à compter de la date du présent jugement. Au cours de la période de suspension d'un an, une exemption constitutionnelle de l'al. 241**b**) peut être accordée par une cour supérieure sur requête, selon les modalités et conformément aux conditions énoncées précédemment. Dans le cas de M<sup>me</sup> Rodriguez, compte tenu des faits soumis à notre Cour, il n'est pas nécessaire qu'elle présente une requête à une cour supérieure. Dans la mesure où elle satisfait aux conditions susmentionnées, elle reçoit l'exemption constitutionnelle et peut agir à son gré.

OTTAWA, LE 4 AOÛT 1993

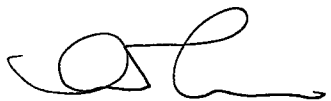
Antonio Lamer, J.C.C.



ADDENDUM

In the course of preparing my judgment, the Court received a letter dated July 13, 1993, from Ms. Rodriguez's counsel. Enclosed was a report dated July 9, 1993, from Ms. Rodriguez's family physician informing us that Ms. Rodriguez's medical condition continues to deteriorate. In light of this report and the fact that we are now into the end of August, I wish to modify the fourth condition above. This modification will apply only in the appellant's case. Specifically, I would dispense with the 3-day notice required to be given to the Regional Coroner and replace it with a 24-hour notice requirement.

DATED AT OTTAWA this *31<sup>st</sup>* day of August 1993



Antonio Lamer, C.J.C.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of the Chief Justice and those of McLachlin J. herein. The result of the reasons of my colleagues is that all persons who by reason of disability are unable to commit suicide have a right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be free from government interference in procuring the assistance of others to take their life. They are entitled to a constitutional exemption from the operation of s. 241 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which prohibits the giving of assistance to commit suicide (hereinafter referred to as "assisted suicide"). The exemption would apply during the period that this Court's order would be suspended and thereafter Parliament could only replace the legislation subject to this right. I must respectfully disagree with the conclusion reached by my colleagues and with their reasons. In my view, noth-

ADDENDUM

Alors que je rédigeais mon jugement, la Cour a reçu une lettre de l'avocat de M<sup>me</sup> Rodriguez, datée du 13 juillet 1993. Y était joint un rapport daté du 9 juillet 1993, rédigé par le médecin de M<sup>me</sup> Rodriguez, nous informant que son état de santé continuait de se détériorer. Compte tenu de ce rapport et du fait que nous sommes maintenant à la fin du mois d'août, je désire modifier la quatrième condition. Cette modification s'appliquera uniquement au cas de l'appelante. Plus précisément, je ne maintiendrais pas l'exigence d'un avis de 3 jours au coroner régional et le remplacerais par un préavis de 24 heures.

OTTAWA, LE 31 AOÛT 1993

Antonio Lamer, J.C.C.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin en l'espèce. La conclusion de mes collègues dans leurs motifs est que toute personne qui, en raison d'une déficience, est incapable de se donner la mort, a le droit, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de ne pas être assujettie à l'ingérence du gouvernement lorsqu'elle cherche à obtenir l'aide d'autrui pour se suicider. Elle a droit à une exemption constitutionnelle de l'application de l'art. 241 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui interdit d'aider quelqu'un à se donner la mort (ci-après le «suicide assisté»). L'exemption s'appliquerait au cours de la période de suspension de l'ordonnance de notre Cour et, par la suite, le Parlement devrait tenir compte de ce droit pour remplacer la disposition législative. Je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec la

ing in the *Charter* mandates this result which raises the following serious concerns:

1. It recognizes a constitutional right to legally assisted suicide beyond that of any country in the western world, beyond any serious proposal for reform in the western world and beyond the claim made in this very case. The apparent reason for the expansion beyond the claim in this case is that restriction of the right to the terminally ill could not be justified under s. 15.

2. It fails to provide the safeguards which are required either under the Dutch guidelines or the recent proposals for reform in the states of Washington and California which were defeated by voters in those states principally because comparable and even more stringent safeguards were considered inadequate.

3. The conditions imposed are vague and in some respects unenforceable. While the proposals in California were criticized for failure to specify the type of physician who is authorized to assist and the Dutch guidelines specify the treating physician, the conditions imposed by my colleagues do not require that the person assisting be a physician or impose any restriction in this regard. Since much of the medical profession is opposed to being involved in assisting suicide because it is antithetical to their role as healers of the sick, many doctors will refuse to assist, leaving open the potential for the growth of a macabre specialty in this area reminiscent of Dr. Kervorkian and his suicide machine.

4. To add to the uncertainty of the conditions, they are to serve merely as guidelines, leaving it to individual judges to decide upon application whether to grant or withhold the right to commit suicide. In the case of the appellant, the remedy proposed by the Chief Justice, concurred in by McLachlin J., would not require such an application. She alone is to decide that the conditions or guidelines are complied with. Any judicial review of this decision would only occur if she were to

conclusion et les motifs de mes collègues. À mon avis, rien dans la *Charte* ne commande un tel résultat qui soulève les graves difficultés suivantes:

1. Il reconnaît un droit constitutionnel au suicide assisté légal qui va au-delà de ce qui est reconnu dans tous les pays occidentaux, au-delà de toute proposition sérieuse de réforme dans le monde occidental et au-delà de la demande formulée en l'espèce. Cette dernière extension est apparemment motivée par le fait que la restriction de ce droit au malade en phase terminale ne saurait être justifiée en vertu de l'art. 15.

2. Il n'offre pas les garanties qui sont exigées en vertu des directives néerlandaises ou des propositions récentes de réforme soumises dans les États de Washington et de la Californie, lesquelles ont été rejetées par les électeurs principalement parce qu'on jugeait insuffisantes des garanties comparables et mêmes plus rigoureuses.

3. Les conditions imposées sont vagues et à certains égards impossibles à appliquer. Alors que les propositions californiennes ont été critiquées parce qu'elles ne précisaient pas la catégorie de médecins autorisés à aider et que les directives néerlandaises précisent le médecin traitant, les conditions imposées par mes collègues n'exigent pas que la personne qui apporte son aide soit un médecin ni n'imposent de restriction à cet égard. Puisqu'une grande partie du corps médical est opposée à toute participation au suicide assisté parce qu'un tel geste est à l'antithèse de son rôle qui est de guérir les malades, beaucoup de médecins refuseront leur aide, ce qui fait surgir la possibilité de la croissance d'une spécialité macabre qui rappelle le Dr Kervorkian et sa machine à suicide.

4. Outre leur incertitude, les conditions ne doivent servir qu'à titre de directives, laissant à chaque juge saisi d'une demande la décision d'accorder ou de refuser le droit de se suicider. Dans le cas de l'appelante, la réparation proposée par le Juge en chef, à laquelle souscrit le juge McLachlin, ne requiert pas qu'une telle demande soit faite. L'appelante seule doit décider que les conditions ou directives sont respectées. Sa décision ne serait contrôlée judiciairement que si elle se donnait la

commit suicide and a charge were laid against the person who assisted her. The reasons of McLachlin J. remove any requirement to monitor the choice made by the appellant to commit suicide so that the act might occur after the last expression of the desire to commit suicide is stale-dated.

I have concluded that the conclusion of my colleagues cannot be supported under the provisions of the *Charter*. Reliance was placed on ss. 7, 12 and 15 and I will examine each in turn.

#### I. Section 7

The most substantial issue in this appeal is whether s. 241(b) infringes s. 7 in that it inhibits the appellant in controlling the timing and manner of her death. I conclude that while the section impinges on the security interest of the appellant, any resulting deprivation is not contrary to the principles of fundamental justice. I would come to the same conclusion with respect to any liberty interest which may be involved.

Section 7 of the *Charter* provides as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The appellant argues that, by prohibiting anyone from assisting her to end her life when her illness has rendered her incapable of terminating her life without such assistance, by threat of criminal sanction, s. 241(b) deprives her of both her liberty and her security of the person. The appellant asserts that her application is based upon (a) the right to live her remaining life with the inherent dignity of a human person, (b) the right to control what happens to her body while she is living, and (c) the right to be free from governmental interference in making fundamental personal decisions concerning the terminal stages of her life. The first two of these asserted rights can be seen to invoke both liberty and security of the person; the latter is more closely associated with only the liberty interest.

mort et qu'une accusation était portée contre la personne qui l'avait aidée. Dans ses motifs, le juge McLachlin supprime toute exigence relative au contrôle ultérieur de la décision de l'appelante, de sorte que l'acte pourrait survenir après que la dernière expression de sa volonté de se suicider est caduque et périmée.

À mon avis, la conclusion de mes collègues ne peut être appuyée par les dispositions de la *Charte*. On a invoqué les art. 7, 12 et 15, que je vais examiner tour à tour.

#### c I. L'article 7

La question principale dans le présent pourvoi est de déterminer si l'al. 241b) viole l'art. 7 parce qu'il empêche l'appelante de contrôler le moment et les circonstances de sa mort. Je conclus que, si l'article porte atteinte à l'intérêt de l'appelante en matière de sécurité, toute privation qui en résulte n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale. Ma conclusion serait la même à l'égard de tout intérêt de liberté qui pourrait entrer en jeu.

L'article 7 de la *Charte* porte que:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'appelante soutient qu'en interdisant à quiconque, sous peine de sanction criminelle, de l'aider à mettre fin à sa vie au moment où sa maladie la rendra incapable de le faire sans aide, l'al. 241b) la prive à la fois de la liberté et de la sécurité de sa personne. Elle soutient que sa demande est fondée sur a) le droit de vivre le reste de sa vie dans la dignité inhérente à l'être humain, b) le droit de contrôler ce qu'il advient de son corps au cours de sa vie, et c) le droit d'être libre de toute ingérence gouvernementale dans ses décisions personnelles fondamentales concernant les dernières étapes de sa vie. Les deux premiers droits allégués portent à la fois sur la liberté et la sécurité de la personne; le troisième est plus étroitement lié à la seule liberté.

(a) *Life, Liberty and Security of the Person*

The appellant seeks a remedy which would assure her some control over the time and manner of her death. While she supports her claim on the ground that her liberty and security of the person interests are engaged, a consideration of these interests cannot be divorced from the sanctity of life, which is one of the three *Charter* values protected by s. 7.

None of these values prevail a priori over the others. All must be taken into account in determining the content of the principles of fundamental justice and there is no basis for imposing a greater burden on the propounder of one value as against that imposed on another.

Section 7 involves two stages of analysis. The first is as to the values at stake with respect to the individual. The second is concerned with possible limitations of those values when considered in conformity with fundamental justice. In assessing the first aspect, we may do so by considering whether there has been a violation of Ms. Rodriguez's security of the person and we must consider this in light of the other values I have mentioned.

As a threshold issue, I do not accept the submission that the appellant's problems are due to her physical disabilities caused by her terminal illness, and not by governmental action. There is no doubt that the prohibition in s. 241(b) will contribute to the appellant's distress if she is prevented from managing her death in the circumstances which she fears will occur. Nor do I accept the submission that the appellant cannot avail herself of s. 7 because she is not presently engaged in interaction with the criminal justice system, and that she will likely never be so engaged. It was argued that the comments concerning security of the person found in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, and the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, were not applicable to this case and that the appellant could not seek the protection of s. 7 at all, as that section is concerned with the interaction of the individual with the justice system. In my view, the fact that it

a) *Vie, liberté et sécurité de la personne*

L'appelante demande une réparation qui lui assurerait un certain contrôle sur le moment et les circonstances de sa mort. Bien qu'elle fonde sa demande sur l'atteinte à ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, on ne peut dissocier ces intérêts du caractère sacré de la vie, qui est une des trois valeurs protégées par l'art. 7 de la *Charte*.

A priori, aucune de ces valeurs ne l'emporte sur les autres. Toutes doivent être prises en compte pour déterminer le contenu des principes de justice fondamentale et il n'y a aucune raison d'imposer un fardeau plus lourd au tenant d'une valeur que le fardeau imposé au tenant d'une autre.

L'article 7 comporte deux éléments d'analyse. Le premier se rapporte aux valeurs en jeu en ce qui concerne l'individu. Le second se rapporte aux restrictions éventuelles de ces valeurs sous l'angle de leur conformité avec les principes de justice fondamentale. Pour évaluer le premier élément, nous pouvons considérer s'il y a eu violation du droit de M<sup>me</sup> Rodriguez à la sécurité de sa personne et nous devons examiner cela en tenant compte des autres valeurs mentionnées.

À titre préliminaire, je rejette la prétention que les difficultés de l'appelante résultent non pas d'une action gouvernementale, mais des déficiences physiques causées par la maladie incurable dont elle est atteinte. Il est évident que l'interdiction prévue à l'al. 241b) contribuera à la souffrance de l'appelante si on l'empêche de gérer sa mort dans les circonstances qui, craint-elle, surviendront. Je ne peux non plus accepter l'argument selon lequel l'appelante ne peut se prévaloir de l'art. 7 parce qu'elle n'est pas aux prises avec le système de justice criminelle, et qu'elle ne le sera vraisemblablement jamais. On a soutenu que les commentaires apportés dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, sur la notion de sécurité de la personne ne s'appliquent pas en l'espèce et que l'appelante ne peut en aucune façon demander la protection de l'art. 7 puisque cet arti-

is the criminal prohibition in s. 241(b) which has the effect of depriving the appellant of the ability to end her life when she is no longer able to do so without assistance is a sufficient interaction with the justice system to engage the provisions of s. 7 assuming a security interest is otherwise involved.

I find more merit in the argument that security of the person, by its nature, cannot encompass a right to take action that will end one's life as security of the person is intrinsically concerned with the well-being of the living person. This argument focuses on the generally held and deeply rooted belief in our society that human life is sacred or inviolable (which terms I use in the non-religious sense described by Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993)) to mean that human life is seen to have a deep intrinsic value of its own). As members of a society based upon respect for the intrinsic value of human life and on the inherent dignity of every human being, can we incorporate within the Constitution which embodies our most fundamental values a right to terminate one's own life in any circumstances? This question in turn evokes other queries of fundamental importance such as the degree to which our conception of the sanctity of life includes notions of quality of life as well.

Sanctity of life, as we will see, has been understood historically as excluding freedom of choice in the self-infliction of death and certainly in the involvement of others in carrying out that choice. At the very least, no new consensus has emerged in society opposing the right of the state to regulate the involvement of others in exercising power over individuals ending their lives.

The appellant suggests that for the terminally ill, the choice is one of time and manner of death rather than death itself since the latter is inevitable.

cle vise plutôt les rapports entre l'individu et le système judiciaire. À mon avis, le fait que ce soit l'interdiction prévue à l'al. 241b) qui prive l'appellante de la capacité de mettre fin à sa vie au moment où elle ne sera plus en mesure de le faire sans assistance crée un rapport suffisant avec le système de justice pour faire jouer les dispositions de l'art. 7, à supposer qu'un droit à la sécurité soit par ailleurs en cause.

Est mieux fondé, à mon avis, l'argument selon lequel la sécurité de la personne, par sa nature même, ne peut inclure le droit d'accomplir un geste qui met fin à la vie de quelqu'un puisque la sécurité de la personne s'intéresse intrinsèquement au bien-être de la personne vivante. Cet argument est axé sur la croyance généralement véhiculée et profondément enracinée dans notre société que la vie humaine est sacrée ou inviolable (termes que j'emploie dans le sens non religieux, défini par Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993)), pour signifier que la vie humaine possède en elle-même une valeur intrinsèque profonde). En tant que membres d'une société fondée sur le respect de la valeur intrinsèque de la vie humaine et sur la dignité inhérente de tout être humain, pouvons-nous insérer dans la Constitution, qui consacre nos valeurs les plus fondamentales, le droit de mettre fin à sa propre vie dans toutes circonstances? Cette question soulève à son tour d'autres interrogations qui sont d'importance fondamentale, telle la mesure dans laquelle notre conception du caractère sacré de la vie comprend également des notions de qualité de la vie.

Comme nous le verrons, historiquement, le principe du caractère sacré de la vie signifie l'exclusion du libre choix de s'infliger la mort et certainement l'exclusion de la participation d'autrui à l'exercice d'un tel choix. Tout au moins, il n'est apparu dans la société aucun consensus nouveau pour s'opposer au droit de l'État de réglementer la participation d'autrui en exerçant un pouvoir sur des personnes mettant fin à leur vie.

L'appellante soutient que, pour les malades en phase terminale, le choix porte sur le temps et les circonstances de la mort plutôt que sur la mort en

I disagree. Rather it is one of choosing death instead of allowing natural forces to run their course. The time and precise manner of death remain unknown until death actually occurs. There can be no certainty in forecasting the precise circumstances of a death. Death is, for all mortals, inevitable. Even when death appears imminent, seeking to control the manner and timing of one's death constitutes a conscious choice of death over life. It follows that life as a value is engaged even in the case of the terminally ill who seek to choose death over life.

Indeed, it has been abundantly pointed out that such persons are particularly vulnerable as to their life and will to live and great concern has been expressed as to their adequate protection, as will be further set forth.

I do not draw from this that in such circumstances life as a value must prevail over security of person or liberty as these have been understood under the *Charter*, but that it is one of the values engaged in the present case.

What, then, can security of the person be said to encompass in the context of this case? The starting point for the answer to this question is *Morgentaler, supra*, in which this Court struck down *Criminal Code* provisions which had the effect of preventing women access to therapeutic abortion unless they complied with an administrative scheme found to be contrary to principles of fundamental justice. In finding a violation of security of the person, Beetz J. held, at p. 90, that:

"Security of the person" must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction.

Whether or not Beetz J. can be said to have restricted his reasoning to criminal prohibitions limiting access to medical treatment which improves health, he made it clear (at p. 90) that his reasons should not be taken as delineating the bounds of s. 7 in other contexts. In any event,

soi puisque cette dernière est inévitable. Je ne suis pas d'accord. Il s'agit plutôt de choisir la mort au lieu de laisser la nature suivre son cours. Le moment et les circonstances précises de la mort demeurent inconnus jusqu'à ce que la mort survienne effectivement. On ne peut prévoir avec certitude les circonstances précises d'une mort. La mort est inévitable pour tous les mortels. Même lorsque la mort semble imminente, chercher à contrôler le moment et la façon de mourir constitue un choix conscient de mourir plutôt que de vivre. C'est pourquoi la vie, comme valeur, entre en jeu dans le cas du malade en phase terminale qui demande à choisir la mort plutôt que la vie.

En fait, on a abondamment souligné que ces personnes sont particulièrement vulnérables quant à leur vie et leur volonté de vivre, et de graves préoccupations ont été exprimées au sujet de la protection nécessaire, comme on le lira ci-après.

Je ne conclus pas de cela que, dans de telles circonstances, la vie comme valeur doit l'emporter sur la sécurité de la personne ou la liberté, au sens de ces valeurs en vertu de la *Charte*, mais que c'est une des valeurs à considérer en l'espèce.

Que signifie donc la sécurité de la personne dans le présent contexte? Pour répondre à la question, il faut avant tout se référer à l'arrêt *Morgentaler*, précité, dans lequel notre Cour a invalidé des dispositions du *Code criminel* ayant pour effet de n'accorder aux femmes l'accès à l'avortement thérapeutique que si elles se conformaient à un régime administratif jugé contraire aux principes de justice fondamentale. En concluant qu'il y avait atteinte à la sécurité de la personne, le juge Beetz a dit à la p. 90:

La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale.

Que le juge Beetz ait ou non restreint son raisonnement aux prohibitions pénales limitant l'accès à un traitement médical améliorant la santé, il a précisé (à la p. 90) qu'il ne fallait pas conclure que ses motifs délimitent la portée de l'art. 7 dans d'autres contextes. Quoi qu'il en soit, le juge en chef

Dickson C.J. does not appear to have limited his reasons in this manner. The former Chief Justice stated as follows, at pp. 54-57:

Canadian courts have already had occasion to address the scope of the interest protected under the rubric of "security of the person". In *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, at p. 139, the Ontario High Court emphasized that the right to security of the person, like each aspect of s. 7, is a basic right, the deprivation of which has severe consequences for an individual. This characterization was approved by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501. The Ontario Court of Appeal has held that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these . . ." (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433.)

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of the security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

Although this interference with physical and emotional integrity is sufficient in itself to trigger a review of s. 251 against the principles of fundamental justice, the operation of the decision-making mechanism set out in s. 251 creates additional glaring breaches of security of the person. [Emphasis added.]

Wilson J. took a broader view, preferring to decide the case under the rubric of the liberty interest in s. 7. Nonetheless, she agreed that security of the person "protects both the physical and psychological integrity of the individual" and that state control over the woman's capacity to reproduce "is a direct interference with her physical "person" as well" (p. 173).

In my view, then, the judgments of this Court in *Morgentaler* can be seen to encompass a notion of

Dickson ne paraît pas avoir limité ainsi ses motifs. Il a en effet déclaré aux pp. 54 à 57:

Les tribunaux canadiens ont déjà eu à statuer sur la portée de l'intérêt que protège la rubrique «la sécurité de sa personne». Dans l'affaire *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, à la p. 139, la Haute Cour de l'Ontario a rappelé que le droit à la sécurité de la personne, comme chacun des volets de l'art. 7, est un droit fondamental qui, lorsqu'on y porte atteinte, a des conséquences graves pour l'individu. La Cour a approuvé cette caractérisation dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [TRADUCTION] «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard . . .» (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433.)

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

Quoique cette atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle suffise en soi pour déclencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mécanisme décisionnel établi par l'art. 251 crée d'autres violations flagrantes de la sécurité de la personne. [Je souligne.]

Le juge Wilson a adopté un point de vue plus large, préférant trancher l'affaire dans le contexte du droit à la liberté prévu à l'art. 7. Elle partageait néanmoins l'opinion que la sécurité de la personne «protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne» et que le contrôle exercé par l'État sur la capacité de reproduction de la femme «est aussi une atteinte à sa «personne» physique» (p. 173).

À mon avis, on peut donc voir que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler* contiennent

personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*,<sup>a</sup> *supra*, Lamer J. (as he then was) also expressed this view, stating at p. 1177 that "[s]ection 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity".<sup>b</sup> There is no question, then, that personal autonomy, at least with respect to the right to make choices concerning one's own body, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity are encompassed within security of the person, at least to the extent of freedom from criminal prohibitions which interfere with these.

The effect of the prohibition in s. 241(b) is to prevent the appellant from having assistance to commit suicide when she is no longer able to do so on her own. She fears that she will be required to live until the deterioration from her disease is such that she will die as a result of choking, suffocation or pneumonia caused by aspiration of food or secretions. She will be totally dependent upon machines to perform her bodily functions and completely dependent upon others. Throughout this time, she will remain mentally competent and able to appreciate all that is happening to her. Although palliative care may be available to ease the pain and other physical discomfort which she will experience, the appellant fears the sedating effects of such drugs and argues, in any event, that they will not prevent the psychological and emotional distress which will result from being in a situation of utter dependence and loss of dignity. That there is a right to choose how one's body will be dealt with, even in the context of beneficial medical treatment, has long been recognized by the common law. To impose medical treatment on one who refuses it constitutes battery, and our common law has recognized the right to demand that medical treatment which would extend life be withheld or withdrawn. In my view, these considerations

une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a également exprimé cette opinion, affirmant aux pp. 1177 et 1178 que «[l']article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle». Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle.

L'interdiction prévue à l'al. 241b) a pour effet de priver l'appelante de l'assistance nécessaire pour se suicider au moment où elle ne sera plus en mesure de le faire seule. Elle craint devoir vivre jusqu'à ce que sa maladie évolue au point que sa mort surviendra par suite d'un étouffement, d'une suffocation ou d'une pneumonie causés par l'aspiration d'aliments ou de sécrétions. Elle dépendra totalement, pour ses fonctions corporelles, des machines et des personnes qui l'entourent. Pendant tout ce temps, elle demeurera mentalement capable et en mesure de comprendre tout ce qui lui arrive. Bien que des soins palliatifs puissent lui être administrés afin d'atténuer la douleur et l'inconfort physique qu'elle ressentira, l'appelante craint les effets sédatifs de ces médicaments et soutient que, de toute façon, ils n'empêcheront pas la douleur psychologique et émotionnelle résultant de cette situation de suprême dépendance et de perte de sa dignité. La common law reconnaît depuis longtemps le droit de choisir comment son propre corps sera traité, même dans le contexte d'un traitement médical bénéfique. Imposer un traitement médical à une personne qui le refuse est un acte de violence, et la common law a reconnu le droit d'exiger l'interruption ou la non administration d'un traitement médical qui prolongerait la vie. À



lead to the conclusion that the prohibition in s. 241(b) deprives the appellant of autonomy over her person and causes her physical pain and psychological stress in a manner which impinges on the security of her person. The appellant's security interest (considered in the context of the life and liberty interest) is therefore engaged, and it is necessary to determine whether there has been any deprivation thereof that is not in accordance with the principles of fundamental justice.

(b) *The Principles of Fundamental Justice*

In approaching this step of the analysis in this most difficult and troubling problem, I am impressed with the caveat expressed by the American scholar, L. Tribe, in his text *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988). He states, at pp. 1370-71:

The right of a patient to accelerate death as such — rather than merely to have medical procedures held in abeyance so that disease processes can work their natural course — depends on a broader conception of individual rights than any contained in common law principles. A right to determine when and how to die would have to rest on constitutional principles of privacy and personhood or on broad, perhaps paradoxical, conceptions of self-determination.

Although these notions have not taken hold in the courts, the judiciary's silence regarding such constitutional principles probably reflects a concern that, once recognized, rights to die might be uncontrollable and might prove susceptible to grave abuse, more than it suggests that courts cannot be persuaded that self-determination and personhood may include a right to dictate the circumstances under which life is to be ended. In any event, whatever the reason for the absence in the courts of expansive notions about self-determination, the resulting deference to legislatures may prove wise in light of the complex character of the rights at stake and the significant potential that, without careful statutory guidelines and gradually evolved procedural controls, legalizing euthanasia, rather than respecting people, may endanger personhood.

On the one hand, the Court must be conscious of its proper role in the constitutional make-up of our

mon avis, ces considérations permettent de conclure que l'interdiction prévue à l'al. 241b) prive l'appelante de son autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique telles qu'elle porte atteinte à la sécurité de sa personne. Le droit de l'appelante à la sécurité (considéré dans le contexte du droit à la vie et à la liberté) est donc en cause et il devient nécessaire de déterminer si elle en a été privée en conformité avec les principes de justice fondamentale.

b) *Les principes de justice fondamentale*

À cette étape de l'analyse de ce problème extrêmement complexe et troublant, je suis impressionné par cette réserve exprimée par l'Américain L. Tribe dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 1370 et 1371:

[TRADUCTION] Le droit du patient de précipiter sa mort comme telle — plutôt que de simplement suspendre les traitements médicaux de telle sorte que la maladie suive son cours naturel — repose sur une conception des droits individuels plus large que ceux que regroupent les principes reconnus en common law. Le droit de déterminer le moment et la façon de mourir reposerait sur des principes constitutionnels relatifs à la vie privée et à la nature humaine ou sur des conceptions générales, peut-être paradoxales, sur l'autodétermination.

Quoiqu'on n'ait pas donné suite à ces notions dans les tribunaux, leur silence à l'égard de tels principes constitutionnels traduit probablement plus la crainte qu'une fois reconnus, les droits de mourir ne deviennent incontrôlables et susceptibles d'engendrer de graves abus, qu'il ne laisse entrevoir que les tribunaux ne sont pas convaincus que les notions d'autodétermination et de nature humaine peuvent comprendre le droit de prescrire les circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à la vie. De toute façon, peu importe les raisons pour lesquelles les tribunaux n'élaborent aucune grande notion sur l'autodétermination, cette déférence envers le législateur peut être sage, compte tenu de la nature complexe des droits en jeu et du risque considérable qu'en l'absence de directives législatives réfléchies ou de contrôles procéduraux élaborés progressivement, la légalisation de l'euthanasie, au lieu de marquer le respect de la personne, ne la mette en péril.

D'une part, la Cour doit être consciente de son rôle au sein de la structure constitutionnelle de

form of democratic government and not seek to make fundamental changes to long-standing policy on the basis of general constitutional principles and its own view of the wisdom of legislation. On the other hand, the Court has not only the power but the duty to deal with this question if it appears that the *Charter* has been violated. The power to review legislation to determine whether it conforms to the *Charter* extends to not only procedural matters but also substantive issues. The principles of fundamental justice leave a great deal of scope for personal judgment and the Court must be careful that they do not become principles which are of fundamental justice in the eye of the beholder only.

In this case, it is not disputed that in general s. 241(b) is valid and desirable legislation which fulfils the government's objectives of preserving life and protecting the vulnerable. The complaint is that the legislation is over-inclusive because it does not exclude from the reach of the prohibition those in the situation of the appellant who are terminally ill, mentally competent, but cannot commit suicide on their own. It is also argued that the extension of the prohibition to the appellant is arbitrary and unfair as suicide itself is not unlawful, and the common law allows a physician to withhold or withdraw life-saving or life-maintaining treatment on the patient's instructions and to administer palliative care which has the effect of hastening death. The issue is whether, given this legal context, the existence of a criminal prohibition on assisting suicide for one in the appellant's situation is contrary to principles of fundamental justice.

Discerning the principles of fundamental justice with which deprivation of life, liberty or security of the person must accord, in order to withstand constitutional scrutiny, is not an easy task. A mere common law rule does not suffice to constitute a principle of fundamental justice, rather, as the term implies, principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice are required. Principles of

notre forme de gouvernement démocratique et ne doit pas chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi. D'autre part, la Cour est non seulement habilitée à se prononcer sur cette question mais elle est même tenue de le faire si la *Charte* paraît avoir été violée. Le pouvoir d'examiner une loi pour déterminer si elle est compatible avec la *Charte* s'étend tant aux questions de fond que de procédure. Les principes de justice fondamentale laissent une grande place au jugement individuel et la Cour doit veiller à ce qu'ils ne deviennent pas des principes qui sont de justice fondamentale aux yeux de l'intéressé seulement.

On ne conteste pas, dans le présent pourvoi, la validité et l'opportunité générales de l'al. 241b) puisqu'il répond à l'objectif du gouvernement de préserver la vie et de protéger la personne vulnérable. La contestation tient à la portée excessive de la loi puisqu'elle ne soustrait pas à son application des personnes qui, comme l'appelante, sont en phase terminale, mentalement capables, mais incapables de se suicider sans aide. On soutient également qu'étendre l'interdiction à l'appelante est à la fois arbitraire et injuste puisque le suicide lui-même n'est pas illégal et que la common law permet au médecin, sur les instructions du patient, d'interrompre ou de ne pas administrer un traitement qui maintient ou préserve la vie et de donner des soins palliatifs qui ont pour effet de précipiter le décès. Compte tenu de ce contexte juridique, l'existence d'une prohibition criminelle de l'aide au suicide pour une personne se trouvant dans la situation de l'appelante, est-elle contraire aux principes de justice fondamentale?

Il est difficile d'identifier les principes de justice fondamentale avec lesquels la restriction du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être compatible pour soutenir un examen constitutionnel. Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial

fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles. The now familiar words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 512-13, are as follows:

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

... the proper approach to the determination of the principles of fundamental justice is quite simply one in which, as Professor L. Tremblay has written, "future growth will be based on historical roots" . . .

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

This Court has often stated that in discerning the principles of fundamental justice governing a particular case, it is helpful to look at the common law and legislative history of the offence in question (*Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Morgentaler*, *supra*, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). It is not sufficient, however, merely to conduct a historical review and conclude that because neither Parliament nor the various medical associations had ever expressed a view that assisted suicide should be decriminalized, that to prohibit it could not be said to be contrary to the principles of fundamental justice. Such an approach would be problematic for two reasons. First, a strictly historical analysis will always lead to the conclusion in a case such as this that the deprivation is in accordance with fundamental justice as the legislation will not have kept pace with advances in medical technology. Second, such reasoning is somewhat circular, in

ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques. Le juge Lamer a tenu ces propos maintenant bien connus, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513:

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

. . . La façon dont il faut déterminer les principes de justice fondamentale est tout simplement celle qui, comme l'a écrit le professeur L. Tremblay, reconnaît que [TRADUCTION] «la croissance future reposera sur des racines historiques» . . .

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

Notre Cour a souvent affirmé que, pour identifier les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la common law et à l'historique législatif de l'infraction en cause (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *Morgentaler*, précités, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). Par contre, il ne suffit pas seulement de faire un examen historique et de conclure que, puisque ni le Parlement ni les différentes associations médicales n'ont encore exprimé l'opinion que l'aide au suicide devrait être décriminalisée, on peut dire que son interdiction est contraire aux principes de justice fondamentale. Une telle position serait aléatoire pour deux raisons. D'abord, une analyse strictement historique dans une affaire comme l'espèce mènera inmanquablement à la conclusion que la restriction est conforme à la justice fondamentale puisque la loi n'a pas évolué au rythme des progrès réalisés par la

that it relies on the continuing existence of the prohibition to find the prohibition to be fundamentally just.

The way to resolve these problems is not to avoid the historical analysis, but to make sure that one is looking not just at the existence of the practice itself (i.e., the continued criminalization of assisted suicide) but at the rationale behind that practice and the principles which underlie it.

The appellant asserts that it is a principle of fundamental justice that the human dignity and autonomy of individuals be respected, and that to subject her to needless suffering in this manner is to rob her of her dignity. The importance of the concept of human dignity in our society was enunciated by Cory J. (dissenting, Lamer C.J. concurring) in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 813. Respect for human dignity underlies many of the rights and freedoms in the *Charter*.

That respect for human dignity is one of the underlying principles upon which our society is based is unquestioned. I have difficulty, however, in characterizing this in itself as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. While respect for human dignity is the genesis for many principles of fundamental justice, not every law that fails to accord such respect runs afoul of these principles. To state that "respect for human dignity and autonomy" is a principle of fundamental justice, then, is essentially to state that the deprivation of the appellant's security of the person is contrary to principles of fundamental justice because it deprives her of security of the person. This interpretation would equate security of the person with a principle of fundamental justice and render the latter redundant.

I cannot subscribe to the opinion expressed by my colleague, McLachlin J., that the state interest is an inappropriate consideration in recognizing the principles of fundamental justice in this case. This Court has affirmed that in arriving at these

technologie médicale. Deuxièmement, un tel raisonnement est un peu tautologique en ce que c'est le maintien de l'interdiction qui permet de conclure que l'interdiction est fondamentalement juste.

La façon de résoudre ces difficultés, ce n'est pas d'éviter l'analyse historique, mais plutôt de s'assurer qu'on ne considère pas seulement l'existence de la pratique elle-même (c'est-à-dire le maintien de la criminalisation du suicide assisté), mais aussi la raison d'être de cette pratique et les principes qui la sous-tendent.

L'appelante soutient que le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne constitue un principe de justice fondamentale, et que la soumettre ainsi à des souffrances inutiles la prive de sa dignité. L'importance du concept de la dignité humaine dans notre société a été exprimée par le juge Cory (dissident, avec l'appui du juge en chef Lamer) dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 813. Le respect de la dignité humaine est le fondement de nombreux droits et libertés garantis par la *Charte*.

On ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est l'un des principes fondamentaux de notre société. J'ai toutefois de la difficulté à le qualifier en soi de principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Si le respect de la dignité humaine est à la source de plusieurs principes de justice fondamentale, les lois qui ne traduisent pas un tel respect ne vont pas toutes à l'encontre de ces principes. Affirmer que le «respect de la dignité et de l'autonomie de la personne» est un principe de justice fondamentale revient donc essentiellement à affirmer que priver l'appelante de la sécurité de sa personne est contraire aux principes de justice fondamentale parce qu'elle est privée de la sécurité de sa personne. Cette interprétation assimilerait la sécurité de la personne à un principe de justice fondamentale et rendrait ce dernier redondant.

Je ne peux souscrire à l'opinion de ma collègue le juge McLachlin selon laquelle il n'y a pas lieu de considérer l'intérêt de l'État pour identifier les principes de justice fondamentale dans le présent pourvoi. Notre Cour a affirmé que, pour établir ces

principles, a balancing of the interest of the state and the individual is required. In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, La Forest J., referring to his own reasons in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 327, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3, stated that one must "consider (the impugned measure) against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field". La Forest J. concluded that:

What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, *supra*, at pp. 327 and 329; *R. v. Beare*, *supra*, at pp. 403-5; also my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per* La Forest J. (Dickson C.J. and Lamer J. concurring). The interests in the area with which we are here concerned involve particularly delicate balancing, and, as Wilson J. has demonstrated, the various common law countries have approached it in rather different ways. I do not wish to undertake the invidious task of examining which is the better way. All seem to me to be reasonable approaches, but what is important is that the *Charter* provisions seem to me to be deeply anchored in previous Canadian experience. By this, I do not mean that we must remain prisoners of our past. I do mean, however, that in continuing to grope for the best balance in specific contexts, we must begin with our own experience . . .

This concept of balancing was confirmed in a very recent judgment of this Court. In *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, McLachlin J. concluded that the appellant had been deprived of a liberty interest protected by s. 7. She then considered whether that deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice (at pp. 151-52):

The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his lib-

principes, il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539, le juge La Forest, se reportant à ses propres motifs dans les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 327, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403, a affirmé qu'il fallait «examiner (la mesure contestée) en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine». Le juge La Forest a conclu ceci:

Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale; voir les arrêts *R. c. Lyons*, précité, aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, précité, aux pp. 403 et 405, ainsi que mes motifs dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissentant sur un autre point); voir également l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer). Les intérêts visés dans le domaine qui nous concerne en l'espèce doivent être soupesés de façon particulièrement délicate et, comme le juge Wilson l'a démontré, les différents pays de common law ont abordé la question de manières plutôt différentes. Je ne veux pas entreprendre la tâche ingrate de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder. Elles me semblent toutes raisonnables, mais l'important est que les dispositions de la *Charte* me semblent profondément enracinées dans l'expérience canadienne antérieure. Je ne veux pas dire par là que nous devons demeurer prisonniers de notre passé. Je veux cependant dire que tout en cherchant à établir le meilleur équilibre dans des contextes particuliers, nous devons partir de notre propre expérience . . .

Cette théorie de la pondération a été confirmée dans un arrêt très récent de notre Cour, *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, dans lequel le juge McLachlin a conclu que l'appelant avait été privé d'un droit à la liberté garanti par l'art. 7. Elle a ensuite examiné si cette restriction était conforme aux principes de justice fondamentale (aux pp. 151 et 152):

Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais éga-

erty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, per Lamer J.; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212, per Wilson J.; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, per Iacobucci J.). In my view the balance struck in this case conforms to this requirement.

The first question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society. The interest of society in being protected against the violence that may be perpetrated as a consequence of the early release of inmates whose sentence has not been fully served needs no elaboration. On the other side of the balance lies the prisoner's interest in an early conditional release. [Emphasis added.]

McLachlin J. held that the appropriate balance had been struck "by qualifying the prisoner's expectation regarding the form in which the sentence would be served" (p. 152).

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose. This is, to my mind, essentially the type of analysis which E. Colvin advocates in his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, and which was carried out in *Morgentaler*. That is, both Dickson C.J. and Beetz J. were of the view that at least some of the restrictions placed upon access to abortion had no relevance to the state objective of protecting the foetus while protecting the life and health of the mother. In that regard the restrictions were arbitrary or unfair. It follows that before one can determine that a statutory provision is contrary to fundamental justice, the relationship between the provision and the state interest must be considered. One cannot conclude that a particular limit is arbitrary because (in the words of my colleague, McLachlin J. at pp. 619-20) "it bears no relation to, or is inconsis-

lement à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212, le juge Wilson; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 882, le juge Iacobucci). À mon avis, l'équilibre obtenu en l'espèce satisfait à cette exigence.

La première question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. Il n'est pas nécessaire de souligner l'intérêt qu'a la société d'être protégée contre les actes de violence qui pourraient survenir pas suite de la mise en liberté anticipée de détenus dont la peine n'a pas été purgée au complet. Par ailleurs, il faut également tenir compte du droit du détenu à une mise en liberté anticipée sous condition. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a conclu qu'un juste équilibre avait été atteint «par la restriction de l'attente qu'a le détenu par rapport à la façon dont la peine doit être purgée» (p. 152).

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable. À mon sens, il s'agit là essentiellement du genre d'analyse que E. Colvin préconise dans son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, et qui a été effectuée dans l'arrêt *Morgentaler*. En effet, le juge en chef Dickson et le juge Beetz étaient tous deux d'avis qu'au moins certaines restrictions à l'accès à l'avortement n'avaient aucune pertinence avec l'objectif de l'État, qui était de protéger le foetus tout en protégeant la vie et la santé de la mère. À cet égard, les restrictions étaient arbitraires et injustes. Il s'ensuit que, avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État. On ne peut conclure qu'une restriction donnée est arbitraire parce qu'elle (selon les termes de ma collègue le juge McLachlin aux

tent with, the objective that lies behind the legislation” without considering the state interest and the societal concerns which it reflects.

The issue here, then, can be characterized as being whether the blanket prohibition on assisted suicide is arbitrary or unfair in that it is unrelated to the state’s interest in protecting the vulnerable, and that it lacks a foundation in the legal tradition and societal beliefs which are said to be represented by the prohibition.

Section 241(b) has as its purpose the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide. This purpose is grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken. This policy finds expression not only in the provisions of our *Criminal Code* which prohibit murder and other violent acts against others notwithstanding the consent of the victim, but also in the policy against capital punishment and, until its repeal, attempted suicide. This is not only a policy of the state, however, but is part of our fundamental conception of the sanctity of human life. The Law Reform Commission expressed this philosophy appropriately in its Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 36:

Preservation of human life is acknowledged to be a fundamental value of our society. Historically, our criminal law has changed very little on this point. Generally speaking, it sanctions the principle of the sanctity of human life. Over the years, however, law has come to temper the apparent absolutism of the principle, to delineate its intrinsic limitations and to define its true dimensions.

As is noted in the above passage, the principle of sanctity of life is no longer seen to require that all human life be preserved at all costs. Rather, it has come to be understood, at least by some, as encompassing quality of life considerations, and to be subject to certain limitations and qualifications

pp. 619 et 620) «n’a aucun lien ou est incompatible avec l’objectif visé par la loi», sans considérer l’intérêt de l’État et les préoccupations de la société auxquelles elle répond.

On peut donc dire qu’en l’espèce il s’agit de déterminer si l’interdiction générale du suicide assisté est arbitraire ou injuste parce qu’elle n’a aucun lien avec l’intérêt de l’État à protéger la personne vulnérable et parce qu’elle n’a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente.

L’alinéa 241b) vise à protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider. Cet objectif, fondé sur l’intérêt de l’État à la protection de la vie, traduit la politique de l’État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d’ôter la vie. Cette politique trouve son expression dans les dispositions de notre *Code criminel* qui interdisent le meurtre et d’autres actes de violence contre autrui, indépendamment du consentement de la victime, ainsi que dans la politique qui interdit la peine capitale et, jusqu’à ce qu’elle soit abrogée, la tentative de suicide. Cependant, il ne s’agit pas seulement d’une politique de l’État, mais d’un élément de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie humaine. La Commission de réforme du droit a exprimé justement cette philosophie dans son Document de travail 28 intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 41:

La préservation de la vie humaine est une valeur reconnue comme fondamentale par notre société. Sur ce point, notre droit criminel a au fond fort peu varié dans son histoire. Il sanctionne, d’une façon générale, le principe du caractère sacré de la vie humaine. Il a cependant, au cours des ans, été amené à apporter des nuances à l’absolutisme apparent du principe, à découvrir ses limites intrinsèques et à lui donner sa véritable dimension.

Comme l’indique le passage précité, on admet maintenant que le principe du caractère sacré de la vie n’exige pas que toute vie humaine soit préservée à tout prix. Il est en effet reconnu, du moins par certains, qu’il inclut des considérations relatives à la qualité de la vie et qu’il est soumis à cer-

reflective of personal autonomy and dignity. An analysis of our legislative and social policy in this area is necessary in order to determine whether fundamental principles have evolved such that they conflict with the validity of the balancing of interests undertaken by Parliament.

(i) History of the Suicide Provisions

At common law, suicide was seen as a form of felonious homicide that offended both against God and the King's interest in the life of his citizens. As Blackstone noted in *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 4, at p. 189:

... the law of England wisely and religiously considers, that no man hath a power to destroy life, but by commission from God, the author of it: and, as the suicide is guilty of a double offence; one spiritual, in invading the prerogative of the Almighty, and rushing into his immediate presence uncalled for; the other temporal, against the king, who hath an interest in the preservation of all his subjects; the law has therefore ranked this among the highest crimes, making it a peculiar species of felony, a felony committed on oneself.

This is essentially the view first propounded by Plato and Aristotle that suicide was "an offence against the gods or the state" (M. G. Velasquez, "Defining Suicide" (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37, at p. 40).

However, the contrary school of thought has always existed and is premised on notions of both freedom and compassion. The Roman Stoics, for example, "tended to condone suicide as a lawful and rational exercise of individual freedom and even wise in the cases of old age, disease, or dishonor" (Velasquez, *supra*, at p. 40). A more humane tone was struck by the Chancellor Francis Bacon who would have preferred leaving to the doctors the duty of lessening, or even ending, the suffering of their patients (L. Depaule, "Le droit à

taines limites et restrictions tenant aux notions d'autonomie et de dignité de la personne. Il faut analyser notre politique législative et sociale dans ce domaine pour déterminer si les principes fondamentaux ont évolué au point d'entrer en conflit avec la validité de la pondération des intérêts par le Parlement.

(i) Historique des dispositions en matière de suicide

En common law, le suicide était initialement considéré comme une forme d'homicide criminel offensant à la fois Dieu et l'intérêt du Roi dans la vie de ses sujets. Comme l'a souligné Blackstone dans *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 4, à la p. 189:

La loi d'Angleterre considère une telle action sous un point de vue sage et religieux: elle juge que nul n'a le droit d'attenter à sa vie; que Dieu seul, qui en est l'auteur, doit en disposer. Et, comme le Suicide est coupable d'une double offense, l'une spirituelle, en usurpant la prérogative du Tout-Puissant, et se jetant en sa présence immédiatement, sans être appelé; l'autre temporelle, commise envers le roi, qui a intérêt à la conservation de tous ses sujets; la loi a en conséquence rangé ce crime parmi les crimes les plus graves; elle en a fait une espèce particulière de félonie, une félonie commise contre soi-même.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, aux pp. 526 et 527.)

C'est essentiellement l'opinion qu'ont initialement exposée Platon et Aristote, selon lesquels le suicide est [TRADUCTION] «un crime contre les dieux et l'État» (M. G. Velasquez, «Defining Suicide» (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37, à la p. 40).

Toutefois une école de pensée opposée, fondée sur des notions de liberté et de compassion, a toujours existé. Les stoïciens romains, par exemple, [TRADUCTION] «étaient enclins à tolérer le suicide comme une expression légale et rationnelle de la liberté individuelle, et même comme un acte de sagesse dans les cas de vieillesse, de maladie et de déshonneur» (Velasquez, *loc. cit.*, à la p. 40). Adoptant un ton plus humain, le chancelier Francis Bacon aurait préféré laisser aux médecins la tâche d'atténuer la souffrance de leurs patients ou même



la mort: rapport juridique" (1974), 7 *Human Rights Journal* 464, at p. 467). There has never been a consensus with respect to this contrary school of thought.

Thus, until 1823, English law provided that the property of the suicide be forfeited and his body placed at the cross-roads of two highways with a stake driven through it. Burial indignities were also imposed in *ancien régime* France where the body of the suicide was often put on trial before being crucified (G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 259; Depaule, *supra*, at p. 465, citing the *Ordonnance de 1670*, title XXII).

However, given the practical difficulties of prosecuting the successful suicide, most prohibitions centred on attempted suicide; it was considered an offence and accessory liability for assisted suicide was made punishable. In England, this took the form of a charge of accessory before the fact to murder or murder itself until the passage of the *Suicide Act, 1961* (U.K.), 9 & 10 Eliz. 2, c. 60, which created an offence of assisting suicide which reads much like our s. 241. In Canada, the common law recognized that aiding suicide was criminal (G. W. Burbidge, *A Digest of the Criminal Law of Canada* (1890), at p. 224) and this was enshrined in the first *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, s. 237. It is, with some editorial changes, the provision now found in s. 241.

The associated offence of attempted suicide has an equally long pedigree in Canada, found in the original *Code* at s. 238 and continued substantively unaltered until its repeal by S.C. 1972, c. 13, s. 16. The fact of this decriminalization does not aid us particularly in this analysis, however. Unlike the situation with the partial decriminalization of abortion, the decriminalization of attempted suicide cannot be said to represent a consensus by Parliament or by Canadians in general that the autonomy interest of those wishing to kill themselves is paramount to the state interest in protecting the life of its citizens. Rather, the matter of suicide was seen to have its roots and its solutions in sciences

d'y mettre fin (L. Depaule, «Le droit à la mort: rapport juridique» (1974), 7 *Revue des droits de l'homme* 464, à la p. 467). Il n'y a jamais eu de consensus sur cette école de pensée.

Ainsi, jusqu'en 1823, le droit anglais prescrivait la confiscation des biens du suicidé et l'abandon de sa dépouille, transpercée d'un pieu, à la croisée de deux routes. L'Ancien Régime en France infligeait également des indignités au cadavre du suicidé qui était souvent mis en procès avant d'être crucifié (G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 259; Depaule, *loc. cit.*, à la p. 465, citant l'*Ordonnance de 1670*, titre XXII).

Toutefois, compte tenu des difficultés pratiques à poursuivre l'auteur d'un suicide, les interdictions visaient surtout la tentative de suicide; elle était alors considérée comme une infraction, et la responsabilité de complice du suicide assisté était punissable. En Angleterre, le principe prenait la forme d'une accusation de complicité avant le meurtre ou de meurtre même, jusqu'à l'adoption de la *Suicide Act, 1961* (R.-U.), 9 & 10 Eliz. 2, ch. 60, qui a créé l'infraction d'aide au suicide, dont le libellé ressemble à notre art. 241. Au Canada, le caractère criminel de l'aide au suicide était reconnu en common law (G. W. Burbidge, *A Digest of the Criminal Law of Canada* (1890), à la p. 224), et fut consacré dans le premier *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 237. C'est, à part quelques changements rédactionnels, l'art. 241 actuel.

Au Canada, l'infraction reliée de tentative de suicide a une histoire tout aussi longue. Prévue à l'art. 238 du premier *Code*, elle a conservé essentiellement la même forme jusqu'à son abrogation par S.C. 1972, ch. 13, art. 16. Cette décriminalisation n'est toutefois d'aucun secours particulier dans la présente analyse. Contrairement à la décriminalisation partielle de l'avortement, on ne peut dire que la décriminalisation de la tentative de suicide traduit un consensus, chez le législateur ou au sein de la population canadienne en général, selon lequel le droit à l'autonomie de ceux qui souhaitent se tuer l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie de ses citoyens. On a considéré plutôt que la

outside the law, and for that reason not to mandate a legal remedy. Since that time, there have been some attempts to decriminalize assistance to suicide through private members bills, but none has been successful.

(ii) Medical Care at the End of Life

Canadian courts have recognized a common law right of patients to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment, once commenced, be withdrawn or discontinued (*Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119). This right has been specifically recognized to exist even if the withdrawal from or refusal of treatment may result in death (*Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. S.C.); and *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)). The United States Supreme Court has also recently recognized that the right to refuse life-sustaining medical treatment is an aspect of the liberty interest protected by the Fourteenth Amendment in *Cruzan v. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224. However, that Court also enunciated the view that when a patient was unconscious and thus unable to express her own views, the state was justified in requiring compelling evidence that withdrawal of treatment was in fact what the patient would have requested had she been competent.

The House of Lords has also had occasion very recently to address the matter of withdrawal of treatment. In *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316, their Lordships authorized the withdrawal of artificial feeding from a 17-year-old boy who was in a persistent vegetative state as a result of injuries suffered in soccer riots, upon the consent of his parents. Persistence in a vegetative state was found not to be beneficial to the patient and the principle of sanctity of life, which was not absolute, was therefore found not to be violated by the withdrawal of treatment.

Although the issue was not before them, their Lordships nevertheless commented on the distinction between withdrawal of treatment and active

question du suicide tirait sa source et ses solutions de sciences étrangères au droit et que, pour cette raison, elle n'exigeait pas une solution d'ordre juridique. Depuis lors, il y a eu quelques tentatives de décriminalisation de l'aide au suicide dans des projets de loi privés, mais aucune n'a abouti.

(ii) Soins médicaux au terme de la vie

Les tribunaux canadiens ont reconnu aux patients le droit en common law de refuser un traitement médical ou d'exiger qu'un traitement, une fois commencé, soit interrompu (*Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119). Ce droit a été expressément reconnu même si l'interruption ou le refus du traitement risquent d'entraîner la mort (*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.), et *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)). Récemment, dans l'arrêt *Cruzan c. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224, la Cour suprême des États-Unis a également reconnu que le droit de refuser un traitement médical qui prolonge la vie est un aspect du droit à la liberté qui est garanti par le Quatorzième amendement. Toutefois, la même cour a également exprimé l'opinion que, si le patient est inconscient et par conséquent incapable d'exprimer sa volonté, l'État est en droit d'exiger une preuve convaincante que le patient aurait effectivement demandé la cessation du traitement s'il avait été capable.

La Chambre des lords a aussi eu très récemment à faire face à la question de l'interruption de traitement. Dans l'arrêt *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316, les lords ont autorisé, avec le consentement des parents, l'interruption de l'alimentation artificielle d'un garçon âgé de 17 ans qui se trouvait dans un état végétatif permanent par suite de blessures subies au cours d'émeutes survenues pendant un match de football. Ils ont jugé que le maintien du patient dans un état végétatif ne lui était pas bénéfique et que le principe du caractère sacré de la vie, qui n'est pas absolu, n'était donc pas violé par l'interruption du traitement.

Bien que la question ne leur ait pas été posée, les lords ont commenté la distinction entre l'interruption de traitement et l'euthanasie active. Lord

euthanasia. Lord Keith stated at p. 362 that though the principle of sanctity of life is not an absolute one, "it forbids the taking of active measures to cut short the life of a terminally ill patient". Lord Goff also emphasized this distinction, stressing that the law draws a crucial distinction between active and passive euthanasia. He stated as follows, at pp. 368-69:

... the former [passive euthanasia] may be lawful, either because the doctor is giving effect to his patient's wishes by withholding the treatment or care, or even in certain circumstances in which (on principles which I shall describe) the patient is incapacitated from stating whether or not he gives his consent. But it is not lawful for a doctor to administer a drug to his patient to bring about his death, even though that course is prompted by a humanitarian desire to end his suffering, however great that suffering may be . . . . So to act is to cross the Rubicon which runs between on the one hand the care of the living patient and on the other hand euthanasia — actively causing his death to avoid or to end his suffering . . . . It is of course well known that there are many responsible members of our society who believe that euthanasia should be made lawful; but that result could, I believe, only be achieved by legislation which expresses the democratic will that so fundamental a change should be made in our law, and can, if enacted, ensure that such legalised killing can only be carried out subject to appropriate supervision and control. It is true that the drawing of this distinction may lead to a charge of hypocrisy; because it can be asked why, if the doctor, by discontinuing treatment, is entitled in consequence to let his patient die, it should not be lawful to put him out of his misery straight away, in a more humane manner, by a lethal injection, rather than let him linger on in pain until he dies. But the law does not feel able to authorise euthanasia, even in circumstances such as these; for once euthanasia is recognised as lawful in these circumstances, it is difficult to see any logical basis for excluding it in others.

Following Working Paper 28, the Law Reform Commission recommended in its 1983 Report to the Minister of Justice that the *Criminal Code* be amended to provide that the homicide provisions not be interpreted as requiring a physician to

Keith a affirmé à la p. 362 que, quoique le principe du caractère sacré de la vie ne soit pas absolu, [TRADUCTION] «il prohibe la prise de mesures actives qui visent à abrégier la vie d'un patient en phase terminale». Lord Goff a également mis l'accent sur cette distinction, soulignant que le droit établit une distinction cruciale entre l'euthanasie active et l'euthanasie passive. Il dit ceci aux pp. 368 et 369:

[TRADUCTION] . . . la première [l'euthanasie passive] peut être légale, dans le cas où le médecin respecte la volonté de son patient en interrompant le traitement ou les soins, ou même dans certains cas, où (selon les principes que je décrirai) le patient n'est pas en mesure d'accorder ou de refuser son consentement. Toutefois, il n'est pas légal qu'un médecin administre un médicament à son patient pour provoquer sa mort, même si cette action est inspirée par la volonté humanitaire de mettre fin à ses souffrances, si grandes soient-elles [. . .] Accomplir ce geste revient à franchir le Rubicon qui sépare, d'une part, les soins au patient vivant et, d'autre part, l'euthanasie qui consiste à causer activement le décès du patient pour lui éviter des souffrances ou y mettre fin [. . .] Il est évidemment reconnu que de nombreux membres responsables de notre société se disent en faveur de la légalisation de l'euthanasie; toutefois, un tel résultat ne pourrait à mon sens être obtenu que grâce à une loi qui exprime la volonté démocratique d'apporter un changement aussi fondamental dans notre droit, et qui, si elle est adoptée, garantit que la mort ne peut être légalement provoquée que dans le cadre d'une surveillance et d'un contrôle appropriés. Certes, une telle distinction peut se faire reprocher d'être hypocrite; en effet, on serait en droit de se demander pourquoi, si le médecin qui interrompt le traitement est par conséquent en droit de laisser mourir son patient, il n'est pas également autorisé à mettre fin à son supplice immédiatement, d'une manière plus humaine au moyen d'une injection mortelle, plutôt que de le laisser agoniser jusqu'à sa mort. Mais le droit ne s'estime pas habilité à autoriser l'euthanasie, même dans des circonstances comme l'espèce; si on reconnaît la légalité de l'euthanasie dans ces circonstances, il est alors difficile de trouver une justification logique à son exclusion dans d'autres circonstances.

À la suite de son Document de travail 28, la Commission de réforme du droit a recommandé, dans son rapport de 1983 présenté au ministre de la Justice, que le *Code criminel* soit modifié pour indiquer que les dispositions en matière d'homi-

undertake medical treatment against the wishes of a patient, or to continue medical treatment when such treatment “has become therapeutically useless”, or from requiring a physician to “cease administering appropriate palliative care intended to eliminate or to relieve the suffering of a person, for the sole reason that such care or measures are likely to shorten the life expectancy of this person” (Report 20, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1983), at pp. 34-35).

The Law Reform Commission had discussed in the Working Paper the possibility of the decriminalization of assisted suicide in the following terms, at pp. 53-54:

First of all, the prohibition in [s. 241] is not restricted solely to the case of the terminally ill patient, for whom we can only have sympathy, or solely to his physician or a member of his family who helps him to put an end to his suffering. The section is more general and applies to a variety of situations for which it is much more difficult to feel sympathy. Consider, for example, a recent incident, that of inciting to mass suicide. What of the person who takes advantage of another’s depressed state to encourage him to commit suicide, for his own financial benefit? What of the person who, knowing an adolescent’s suicidal tendencies, provides him with large enough quantities of drugs to kill him? The “accomplice” in these cases cannot be considered morally blameless. Nor can one conclude that the criminal law should not punish such conduct. To decriminalize completely the act of aiding, abetting or counselling suicide would therefore not be a valid legislative policy. But could it be in the case of the terminally ill?

The probable reason why legislation has not made an exception for the terminally ill lies in the fear of the excesses or abuses to which liberalization of the existing law could lead. As in the case of “compassionate murder”, decriminalization of aiding suicide would be based on the humanitarian nature of the motive leading the person to provide such aid, counsel or encouragement. As in the case of compassionate murder, moreover, the law may legitimately fear the difficulties involved in

cide ne doivent pas être interprétées comme exigeant du médecin qu’il entreprenne un traitement médical contre le gré d’un patient ou qu’il le poursuive lorsqu’il est devenu «thérapeutiquement inutile», ou comme obligeant un médecin à «interrompre l’administration de soins palliatifs et de mesures destinées à éliminer ou à atténuer les souffrances d’une personne pour la seule raison que ces soins ou ces mesures sont susceptibles de raccourcir l’expectative de vie de cette personne» (Rapport 20, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1983), aux pp. 36 et 37).

La Commission de réforme du droit a analysé dans le Document de travail la possibilité de décriminaliser l’aide au suicide, aux pp. 61 et 62:

Tout d’abord, la prohibition de [l’art. 241] n’est pas restreinte au seul cas du patient en phase terminale, pour lequel on ne peut qu’éprouver de la sympathie, ni au seul cas de son médecin ou de l’un de ses proches qui l’aide à mettre fin à ses souffrances. L’article est beaucoup plus général. Il s’applique à une variété de situations pour lesquelles il est plus difficile d’éprouver une telle sympathie. Que dire par exemple, pour reprendre un fait qui s’est passé récemment, de l’incitation à un suicide collectif? Que dire de celui qui, profitant de l’état dépressif d’une autre personne, la pousse au suicide pour en tirer un bénéfice pécuniaire? Comment juger le geste de celui qui, connaissant les tendances suicidaires d’un adolescent, lui procure des médicaments en dose suffisante pour le tuer? On ne saurait affirmer dans ce cas que le «complice» n’est pas moralement blâmable. On ne saurait non plus conclure que le droit criminel devrait s’abstenir de sanctionner ces conduites. Décriminaliser complètement l’aide, le conseil et l’encouragement au suicide n’est donc probablement pas une politique législative valable sur un plan général. L’est-elle cependant lorsque l’on s’adresse à des individus en phase terminale?

Dans ce cas précis, on doit constater encore une fois que la raison probable qui a motivé le législateur à ne pas faire d’exception pour l’agonisant, est fondée sur la crainte des excès ou des abus qu’une libéralisation de la loi actuelle pourrait entraîner. Comme dans le cas du meurtre par compassion, une décriminalisation serait basée sur le caractère humanitaire du motif qui pousse la personne à fournir aide, conseil ou encouragement. Comme dans le cas du meurtre par compassion, la loi

determining the true motivation of the person committing the act.

Aiding or counselling a person to commit suicide, on the one hand, and homicide, on the other, are sometimes extremely closely related. Consider, for example, the doctor who holds the glass of poison and pours the contents into the patient's mouth. Is he aiding him to commit suicide? Or is he committing homicide, since the victim's willingness to die is legally immaterial? There is reason to fear that homicide of the terminally ill for ignoble motives may readily be disguised as aiding suicide.

In its Working Paper, the Commission had originally recommended that the consent of the Attorney General should be required before prosecutions could be brought under s. 241(b). However, after negative public response, the Commission retracted this recommendation in its 1983 Report.

It can be seen, therefore, that while both the House of Lords, and the Law Reform Commission of Canada have great sympathy for the plight of those who wish to end their lives so as to avoid significant suffering, neither has been prepared to recognize that the active assistance of a third party in carrying out this desire should be condoned, even for the terminally ill. The basis for this refusal is twofold it seems — first, the active participation by one individual in the death of another is intrinsically morally and legally wrong, and second, there is no certainty that abuses can be prevented by anything less than a complete prohibition. Creating an exception for the terminally ill might therefore frustrate the purpose of the legislation of protecting the vulnerable because adequate guidelines to control abuse are difficult or impossible to develop.

### (iii) Review of Legislation in other Countries

A brief review of the legislative situation in other Western democracies demonstrates that in general, the approach taken is very similar to that which currently exists in Canada. Nowhere is

peut cependant légitimement craindre les difficultés qu'il peut y avoir à établir la motivation réelle de l'auteur de l'acte.

De plus, aide ou incitation au suicide d'une part et homicide d'autre part sont parfois extrêmement proches l'un de l'autre. Qu'en est-il, par exemple, du médecin qui tient le verre contenant le poison et en verse le contenu dans la bouche du patient? Est-ce une aide au suicide? Est-ce plutôt un homicide, puisque le consentement de la victime à la mort est indifférent? Le législateur peut craindre que des cas d'homicide de personnes en phase terminale, pour des motifs peu nobles, ne puissent être facilement déguisés en aides au suicide.

Dans son Document de travail, la Commission a initialement recommandé que le consentement du procureur général soit obtenu avant que des poursuites soient intentées en vertu de l'al. 241(b). Toutefois, devant la réponse négative du public, elle est revenue sur cette recommandation dans son rapport de 1983.

On voit donc que, si la Chambre des lords et la Commission de réforme du droit du Canada expriment leur profonde sympathie à l'égard des personnes qui souhaitent mettre fin à leurs jours pour éviter de grandes souffrances, ni l'une ni l'autre n'est disposée à reconnaître que l'aide active d'un tiers pour réaliser ce souhait devrait être tolérée, même dans le cas du malade en phase terminale. Un tel refus semble être fondé sur deux raisons: d'une part, la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique et, d'autre part, il n'existe aucune certitude que l'on puisse prévenir les abus par une interdiction moindre que générale. Créer une exception pour les malades en phase terminale risquerait par conséquent de déjouer l'objectif de la loi, qui vise à protéger la personne vulnérable, puisqu'il est difficile, voire impossible, de concevoir des directives qui permettent d'éviter les abus.

### (iii) Examen de la législation à l'étranger

Un bref examen de l'expérience législative d'autres démocraties occidentales démontre que, de façon générale, leur position est proche de celle prévalant actuellement au Canada. Nulle part le

assisted suicide expressly permitted, and most countries have provisions expressly dealing with assisted suicide which are at least as restrictive as our s. 241. For example, the *Austrian Penal Act 1945*, s. 139b, and the *Spanish Penal Code*, art. 409, have provisions virtually identical to our own, while the *Italian Penal Code* of 1930, art. 580, is even more broadly drafted, reading as follows:

Whoever brings about another's suicide or reinforces his determination to commit suicide, or in any way facilitates its commission, shall be punished. . . . [Emphasis added.]

(*The Italian Penal Code* (1978), translated by E. M. Wise, in the American Series of Foreign Penal Codes, vol. 23, at p. 194.)

The relevant provision of the *Suicide Act, 1961* of the United Kingdom punishes a "person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide", and this form of prohibition is echoed in the criminal statutes of all state and territorial jurisdictions in Australia (M. Otlowski, "Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System" (1993), 17 *Crim. L.J.* 10). The U.K. provision is apparently the only prohibition on assisted suicide which has been subjected to judicial scrutiny for its impact on human rights prior to the present case. In the Application No. 10083/82, *R. v. United Kingdom*, July 4, 1983, D.R. 33, p. 270, the European Commission of Human Rights considered whether s. 2 of the *Suicide Act, 1961* violated either the right to privacy in Article 8 or freedom of expression in Article 10 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. The applicant, who was a member of a voluntary euthanasia association, had been convicted of several counts of conspiracy to aid and abet a suicide for his actions in placing persons with a desire to kill themselves in touch with his co-accused who then assisted them in committing suicide. The European Commission held (at pp. 271-72) that the acts of aiding, abetting, counselling or procuring suicide were "excluded from the concept of privacy by virtue of their trespass on the public interest of protecting life, as reflected in

suicide assisté n'est expressément permis et la plupart des pays ont des dispositions traitant expressément de l'aide au suicide qui sont au moins aussi restrictives que notre art. 241. Par exemple, l'art. 139b de la *Loi pénale de 1945* de l'Autriche et l'art. 409 du *Code pénal* espagnol renferment des dispositions pratiquement identiques à la nôtre, alors que l'art. 580 du *Code pénal* italien de 1930 est rédigé en des termes même plus généraux, qui portent que:

Quiconque détermine un tiers au suicide, ou raffermir le projet de suicide d'un tiers, ou bien en facilite, de quelque façon que ce soit, la réalisation, est puni. . . . [Je souligne.]

(*Code pénal italien*, traduit par P. de Casabianca, dans *Les codes pénaux européens* (1957), t. II, à la p. 980.)

La disposition pertinente de la *Suicide Act, 1961* du Royaume-Uni punit [TRADUCTION] «quiconque aide, encourage, conseille ou entraîne le suicide ou la tentative de suicide d'une personne». Cette forme d'interdiction est reprise dans les lois pénales de tous les États et territoires de l'Australie (M. Otlowski, «Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System» (1993), 17 *Crim. L.J.* 10). La disposition en vigueur au Royaume-Uni est apparemment la seule interdiction de l'aide au suicide qui, avant le présent pourvoi, ait été soumise à un examen par les tribunaux relativement à son impact sur les droits de la personne. Dans la requête n° 10083/82, *R. c. Royaume-Uni*, le 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 270, la Commission européenne des droits de l'homme devait décider si l'art. 2 de la *Suicide Act, 1961* violait le droit à la vie privée garanti à l'art. 8 ou à la liberté d'expression prévu à l'art. 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Le requérant, alors membre d'une association bénévole d'euthanasie, avait été déclaré coupable sous plusieurs chefs d'accusation de complot en vue d'aider et d'encourager le suicide, pour avoir mis des personnes désireuses de se suicider en rapport avec son coaccusé, qui les aidait ensuite à se donner la mort. La Commission européenne a conclu (à la p. 274) que «les actes d'assistance, de conseil ou d'aide au suicide sont exclus de la notion de vie privée car ils portent

the criminal provisions of the 1961 Act”, and upheld the applicant’s conviction for the offence. Further, the Commission upheld the restriction on the applicant’s freedom of expression, recognizing (at p. 272):

... the State’s legitimate interest in this area in taking measures to protect, against criminal behaviour, the life of its citizens particularly those who belong to especially vulnerable categories by reason of their age or infirmity. It recognises the right of the State under the Convention to guard against the inevitable criminal abuses that would occur, in the absence of legislation, against the aiding and abetting of suicide.

Although the factual scenario in that decision was somewhat different from the one at bar, it is significant that neither the European Commission of Human Rights nor any other judicial tribunal has ever held that a state is prohibited on constitutional or human rights grounds from criminalizing assisted suicide.

Some European countries have mitigated prohibitions on assisted suicide which might render assistance in a case similar to that before us legal in those countries. In the Netherlands, although assisted suicide and voluntary active euthanasia are officially illegal, prosecutions will not be laid so long as there is compliance with medically established guidelines. Critics of the Dutch approach point to evidence suggesting that involuntary active euthanasia (which is not permitted by the guidelines) is being practised to an increasing degree. This worrisome trend supports the view that a relaxation of the absolute prohibition takes us down “the slippery slope”. Certain other European countries, such as Switzerland and Denmark, emphasize the motive of the assistor in suicide, such that the Swiss *Penal Code*, art. 115, criminalizes only those who incite or assist a suicide for a selfish motive, and the Danish *Penal Code*, art. 240, while punishing all assistance, imposes a greater penalty upon those who act out of self-interest. In France, while no provision of the *Penal Code* addresses specifically the issue of assisted suicide, failure to seek to prevent someone

atteinte à l’intérêt général de la protection de la vie, telle que traduit dans les dispositions pénales de la loi de 1961», et elle a maintenu la déclaration de culpabilité du requérant relativement à l’infraction. En outre, la Commission a confirmé la restriction du droit à la liberté d’expression du requérant, reconnaissant (aux pp. 272 et 273):

... l’intérêt légitime de l’État à prendre des mesures visant à protéger de tout comportement criminel la vie des citoyens, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables en raison de leur âge ou de leur infirmité. Elle reconnaît le droit de l’État au regard de la Convention à se prémunir contre les inévitables abus criminels qui se produiraient en l’absence d’une législation punissant l’assistance au suicide.

Bien que les faits qui sous-tendent cette décision soient différents de ceux de l’espèce, il est significatif que ni la Commission européenne des droits de l’homme ni aucun autre tribunal judiciaire n’aient jamais conclu qu’il est interdit à un État, pour des motifs constitutionnels ou relatifs aux droits de l’homme, de criminaliser l’aide au suicide.

Certains pays européens ont atténué l’interdiction de l’aide au suicide, de sorte que l’assistance dans un cas semblable à celui qui nous occupe pourrait y être légalisée. Aux Pays-Bas, bien que l’aide au suicide et l’euthanasie active volontaire soient officiellement illégales, aucune poursuite n’est intentée si les directives médicales établies sont respectées. Les critiques de la position néerlandaise signalent l’existence d’une preuve indiquant que l’euthanasie active involontaire (interdite par les directives) est pratiquée avec une fréquence croissante. Cette tendance inquiétante peut indiquer qu’un relâchement dans l’interdiction absolue confirmerait l’argument du «doigt dans l’engrenage». Certains autres pays européens, comme la Suisse et le Danemark, s’intéressent au motif qui inspire celui qui assiste l’auteur du suicide. Ainsi, l’art. 115 du *Code pénal* suisse ne punit que ceux qui, dans un but intéressé, incitent une personne à se suicider, ou l’y aident, et l’art. 240 du *Code pénal* danois, s’il sanctionne toute aide, impose une peine plus sévère à ceux qui agissent dans un intérêt personnel. En France, aucune disposition du *Code pénal* ne traite spécifiquement

from committing suicide may still lead to criminal sanctions under art. 63, para. 2 (omission to provide assistance to a person in danger) or art. 319 (involuntary homicide by negligence or carelessness) of that Code. Moreover, the *Loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987* introduced two new articles to the *Penal Code*, arts. 318-1 and 318-2, which criminalize the provocation of suicide. This offence, which requires a form of incitement over and above merely aiding in the commission of a suicide, was adopted in response to the macabre impact of the book *Suicide, mode d'emploi* (1982).

Similarly, a few American jurisdictions take into account whether the accused caused the victim to commit suicide by coercion, force, duress or deception in deciding whether the charge should be murder, manslaughter or assisted suicide (Connecticut, Maine and Pennsylvania) or whether the person is guilty of even assisted suicide (Puerto Rico and Indiana). See C. D. Shaffer, "Criminal Liability for Assisting Suicide" (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348, at pp. 351-53, nn. 25-26, 35-36. As is the case in Europe and the Commonwealth, however, the vast majority of those American states which have statutory provisions dealing specifically with assisted suicide have no intent or malice requirement beyond the intent to further the suicide, and those states which do not deal with the matter statutorily appear to have common law authority outlawing assisted suicide (Shaffer, *supra*, at p. 352; and M. M. Penrose, "Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow" (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689, at pp. 700-701). It is notable, also, that recent movements in two American states to legalize physician-assisted suicide in circumstances similar to those at bar have been defeated by the electorate in those states. On November 5, 1991, Washington State voters defeated Initiative 119, which would have legalized physician-assisted suicide where two doctors certified the patient would die within six months and two disinterested witnesses certified that the patient's choice was voluntary. One year later, Proposition 161, which would have legalized assisted suicide in California and which incorporated stricter safe-

de la question de l'aide au suicide, mais le défaut de tenter d'empêcher quelqu'un de se donner la mort, en vertu de l'art. 63, al. 2 (non-assistance à une personne en danger) ou de l'art. 319 (homicide involontaire par négligence ou imprudence) de ce *Code* peut donner lieu à des sanctions criminelles. De plus, la *Loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987* a introduit deux nouveaux articles dans le *Code pénal*, les art. 318-1 et 318-2, qui criminalisent la provocation au suicide. Cette infraction qui exige une forme d'incitation qui va au-delà de la simple aide au suicide, avait été créée en réponse à la notoriété macabre du livre *Suicide, mode d'emploi* (1982).

De même, quelques juridictions américaines, pour décider de porter une accusation de meurtre, d'homicide involontaire ou d'aide au suicide (Connecticut, Maine et Pennsylvanie) ou de déclarer la personne coupable même d'aide au suicide (Puerto Rico et Indiana) prennent en considération, le fait que l'accusé a ou non, par coercition, force, contrainte ou duperie, amené la victime à commettre le suicide. Voir C. D. Shaffer, «Criminal Liability for Assisting Suicide» (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348, aux pp. 351 à 353, n. 25-26, 35-36. Comme c'est le cas en Europe et dans le Commonwealth, la vaste majorité des États américains qui ont adopté des dispositions législatives visant expressément l'aide au suicide ne prévoient toutefois aucune exigence en matière d'intention ou de malveillance, autre que l'intention de faciliter le suicide. Par ailleurs, les États qui n'ont adopté aucune disposition législative dans le domaine paraissent tirer de la common law le pouvoir de proscrire l'aide au suicide (Shaffer, *loc. cit.*, à la p. 352; et M. M. Penrose, «Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow» (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689, aux pp. 700 et 701). Il faut souligner également que récemment, dans deux États américains, des tentatives de légalisation de l'aide au suicide par un médecin dans des circonstances semblables à celles de l'espèce ont été rejetées par l'électorat. En effet, le 5 novembre 1991, les électeurs de l'État de Washington ont rejeté le projet 119, qui aurait légalisé l'aide au suicide par un médecin dans les cas où deux médecins certifieraient que la mort du patient surviendrait dans les six mois et deux



guards than did Initiative 119, was defeated by California voters (usually thought to be the most accepting of such legal innovations) by the same margin as resulted in Washington — 54 to 46 per cent. In both states, the defeat of the proposed legislation seems to have been due primarily to concerns as to whether the legislation incorporated adequate safeguards against abuse (Penrose, *supra*, at pp. 708-14). I note that, at least in the case of California, the conditions to be met were more onerous than those set out by McEachern C.J.B.C. in the court below and by my colleagues the Chief Justice and McLachlin J.

Overall, then, it appears that a blanket prohibition on assisted suicide similar to that in s. 241 is the norm among Western democracies, and such a prohibition has never been adjudged to be unconstitutional or contrary to fundamental human rights. Recent attempts to alter the status quo in our neighbour to the south have been defeated by the electorate, suggesting that despite a recognition that a blanket prohibition causes suffering in certain cases, the societal concern with preserving life and protecting the vulnerable rendered the blanket prohibition preferable to a law which might not adequately prevent abuse.

(iv) Conclusion on Principles of Fundamental Justice

What the preceding review demonstrates is that Canada and other Western democracies recognize and apply the principle of the sanctity of life as a general principle which is subject to limited and narrow exceptions in situations in which notions of personal autonomy and dignity must prevail. However, these same societies continue to draw distinctions between passive and active forms of intervention in the dying process, and with very few exceptions, prohibit assisted suicide in situations akin to that of the appellant. The task then becomes to identify the rationales upon which

témoins désintéressés certifieraient que le patient a effectué son choix librement. Un an plus tard, la proposition 161, qui aurait légalisé l'aide au suicide en Californie et qui incorporait des garanties plus strictes que le projet 119, a été rejetée par les électeurs de la Californie (que l'on estime en général plus ouverts à de telles innovations juridiques) par une marge identique à celle obtenue dans l'État de Washington, soit 54 contre 46 pour 100. Dans les deux États, le rejet de la loi proposée semble être dû principalement à la crainte que la législation prévoie des garanties insuffisantes contre les abus (Penrose, *loc. cit.*, aux pp. 708 à 714). Je note que, au moins dans l'État de la Californie, les conditions étaient plus restrictives que celles qui ont été énoncées par le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique en l'espèce et par mes collègues le Juge en chef et le juge McLachlin.

Ainsi, dans l'ensemble, il semble qu'une interdiction générale de l'aide au suicide semblable à celle de l'art. 241 constitue la norme au sein des démocraties occidentales et que ce genre d'interdiction n'a jamais été jugée inconstitutionnelle ou contraire aux droits fondamentaux de la personne. De récentes tentatives de modifier le statu quo chez notre voisin du Sud ont été rejetées par l'électorat, ce qui indique que, même s'il est reconnu que l'interdiction générale entraîne des souffrances dans certains cas, l'intérêt de la société à préserver la vie et à protéger la personne vulnérable rend l'interdiction générale préférable à une loi qui risque de ne pas suffisamment prévenir les abus.

(iv) Conclusion sur les principes de justice fondamentale

L'examen qui précède démontre que le Canada et d'autres démocraties occidentales reconnaissent et appliquent le principe du caractère sacré de la vie à titre de principe général soumis à des exceptions circonscrites et restreintes dans les cas où les notions d'autonomie personnelle et de dignité doivent prévaloir. Toutefois, ces mêmes sociétés persistent à établir une distinction entre les formes passive et active d'intervention dans le processus de la mort, et avec très peu d'exceptions, à interdire l'aide au suicide dans des cas qui s'apparentent à celui de l'appelante. Il est donc nécessaire de

these distinctions are based and to determine whether they are constitutionally supportable.

The distinction between withdrawing treatment upon a patient's request, such as occurred in the *Nancy B.* case, on the one hand, and assisted suicide on the other has been criticized as resting on a legal fiction — that is, the distinction between active and passive forms of treatment. The criticism is based on the fact that the withdrawal of life supportive measures is done with the knowledge that death will ensue, just as is assisting suicide, and that death does in fact ensue as a result of the action taken. See, for example, the *Harvard Law Review* note "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance" (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021, at pp. 2030-31.

Other commentators, however, uphold the distinction on the basis that in the case of withdrawal of treatment, the death is "natural" — the artificial forces of medical technology which have kept the patient alive are removed and nature takes its course. In the case of assisted suicide or euthanasia, however, the course of nature is interrupted, and death results directly from the human action taken (E. W. Keyserlingk, *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine and Law* (1979), a study paper for the Law Reform Commission of Canada's Protection of Life Series). The Law Reform Commission calls this distinction "fundamental" (at p. 19 of the Working Paper 28).

Whether or not one agrees that the active vs. passive distinction is maintainable, however, the fact remains that under our common law, the physician has no choice but to accept the patient's instructions to discontinue treatment. To continue to treat the patient when the patient has withdrawn consent to that treatment constitutes battery (*Ciarlariello* and *Nancy B.*, *supra*). The doctor is therefore not required to make a choice which will result in the patient's death as he would be if he chose to assist a suicide or to perform active euthanasia.

cerner la raison d'être de ces distinctions et de déterminer si ces dernières peuvent être maintenues sur le plan constitutionnel.

La distinction entre la cessation d'un traitement à la demande du patient, comme ce fut le cas dans l'affaire *Nancy B.*, et l'aide au suicide, a été critiquée comme reposant sur une fiction juridique — soit la distinction entre les formes active et passive de traitement. Les critiques tiennent d'une part à ce qu'on sait que l'interruption des mesures qui maintiennent en vie entraînera la mort, tout comme l'aide au suicide, et, d'autre part, à ce que la mort est en fait le résultat de l'action. Voir, par exemple, le commentaire paru dans *Harvard Law Review*, «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021, aux pp. 2030 et 2031.

Toutefois d'autres auteurs font cette distinction parce que, dans le cas de la cessation du traitement, la mort est «naturelle» — les forces artificielles de la technologie médicale qui ont maintenu le patient en vie sont retirées et la nature suit son cours. Par contre, dans le cas de l'aide au suicide ou de l'euthanasie, le cours de la nature est interrompu, et la mort résulte directement de l'action humaine (E. W. Keyserlingk, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit* (1979), document d'étude pour la Commission de réforme du droit du Canada, dans la Série protection de la vie). La Commission de réforme du droit qualifie de «très importante» cette différence (à la p. 22 du Document de travail 28).

Toutefois, qu'on soit d'accord ou non pour maintenir la distinction entre la mesure active et la mesure passive, il n'en demeure pas moins que, en vertu de notre common law, le médecin n'a d'autre choix que de suivre les instructions de son patient qui lui demande d'interrompre le traitement. Continuer à traiter le patient quand ce dernier a retiré son consentement à subir le traitement constitue un acte de violence (*Ciarlariello* et *Nancy B.*, précités). Le médecin n'est donc pas tenu de faire un choix qui entraînera la mort du patient, comme ce serait le cas s'il choisissait d'apporter son aide au suicide ou de pratiquer l'euthanasie active.

The fact that doctors may deliver palliative care to terminally ill patients without fear of sanction, it is argued, attenuates to an even greater degree any legitimate distinction which can be drawn between assisted suicide and what are currently acceptable forms of medical treatment. The administration of drugs designed for pain control in dosages which the physician knows will hasten death constitutes active contribution to death by any standard. However, the distinction drawn here is one based upon intention — in the case of palliative care the intention is to ease pain, which has the effect of hastening death, while in the case of assisted suicide, the intention is undeniably to cause death. The Law Reform Commission, although it recommended the continued criminal prohibition of both euthanasia and assisted suicide, stated, at p. 70 of the Working Paper, that a doctor should never refuse palliative care to a terminally ill person only because it may hasten death. In my view, distinctions based upon intent are important, and in fact form the basis of our criminal law. While factually the distinction may, at times, be difficult to draw, legally it is clear. The fact that in some cases, the third party will, under the guise of palliative care, commit euthanasia or assist in suicide and go unsanctioned due to the difficulty of proof cannot be said to render the existence of the prohibition fundamentally unjust.

The principles of fundamental justice cannot be created for the occasion to reflect the court's dislike or distaste of a particular statute. While the principles of fundamental justice are concerned with more than process, reference must be made to principles which are "fundamental" in the sense that they would have general acceptance among reasonable people. From the review that I have conducted above, I am unable to discern anything approaching unanimity with respect to the issue before us. Regardless of one's personal views as to whether the distinctions drawn between withdrawal of treatment and palliative care, on the one

On soutient que le fait que les médecins soient autorisés à administrer des soins palliatifs aux patients en phase terminale sans crainte de sanction atténue encore plus toute distinction légitime que l'on pourrait établir entre l'aide au suicide et ce qui constitue aujourd'hui une forme de traitement médical acceptable. L'administration de médicaments destinés à contrôler la douleur selon un dosage dont le médecin sait qu'il abrégera la vie du patient est, quel que soit le critère, une contribution active à la mort du patient. Toutefois, la distinction établie ici est fondée sur l'intention — dans le cas des soins palliatifs, c'est l'intention d'atténuer la douleur qui a pour effet de précipiter la mort, alors que dans le cas de l'aide au suicide, l'intention est indubitablement de causer la mort. La Commission de réforme du droit, qui recommande le maintien de la prohibition criminelle de l'euthanasie et de l'aide au suicide, déclare cependant, à la p. 80 du Document de travail, qu'un médecin ne devrait jamais refuser d'administrer des soins palliatifs au patient en phase terminale pour la seule raison que leur administration peut hâter la mort. À mon avis, les distinctions fondées sur l'intention sont importantes, et elles constituent en fait le fondement de notre droit criminel. Même si, dans les faits, la distinction peut être parfois difficile à établir, sur le plan juridique elle est nette. On ne peut affirmer que, parce qu'un tiers, dans certains cas et sous le couvert de soins palliatifs, pratiquera l'euthanasie ou l'aide au suicide sans être puni en raison des difficultés de preuve, rend l'existence de l'interdiction fondamentalement injuste.

Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont «fondamentaux» en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation

hand, and assisted suicide on the other are practically compelling, the fact remains that these distinctions are maintained and can be persuasively defended. To the extent that there is a consensus, it is that human life must be respected and we must be careful not to undermine the institutions that protect it.

This consensus finds legal expression in our legal system which prohibits capital punishment. This prohibition is supported, in part, on the basis that allowing the state to kill will cheapen the value of human life and thus the state will serve in a sense as a role model for individuals in society. The prohibition against assisted suicide serves a similar purpose. In upholding the respect for life, it may discourage those who consider that life is unbearable at a particular moment, or who perceive themselves to be a burden upon others, from committing suicide. To permit a physician to lawfully participate in taking life would send a signal that there are circumstances in which the state approves of suicide.

I also place some significance in the fact that the official position of various medical associations is against decriminalizing assisted suicide (Canadian Medical Association, British Medical Association, Council of Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association, World Medical Association and the American Nurses Association). Given the concerns about abuse that have been expressed and the great difficulty in creating appropriate safeguards to prevent these, it can not be said that the blanket prohibition on assisted suicide is arbitrary or unfair, or that it is not reflective of fundamental values at play in our society. I am thus unable to find that any principle of fundamental justice is violated by s. 241(b).

## II. Section 12

Section 12 of the *Charter* provides as follows:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

In order to come within the protection of s. 12, the appellant must demonstrate two things: first,

de traitement et les soins palliatifs et, d'autre part, l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent.

Ce consensus trouve son expression dans notre système juridique, qui interdit la peine capitale. Cette prohibition est fondée en partie sur le fait que permettre à l'État de tuer dévaloriserait la vie humaine et qu'ainsi l'État sert d'une certaine façon de modèle pour les individus de la société. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En maintenant le respect de la vie, elle est susceptible de dissuader du suicide ceux qui, à un moment particulier, considèrent que la vie est intolérable, ou se perçoivent comme un fardeau pour les autres. Permettre à un médecin de participer légalement à la suppression de la vie indiquerait qu'il existe des cas où l'État approuve le suicide.

Il est également révélateur, à mon avis, que diverses associations médicales ont pris officiellement position contre la décriminalisation de l'aide au suicide (Association médicale canadienne, British Medical Association, Council of Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association, Association médicale mondiale et American Nurses Association). Compte tenu des craintes exprimées à l'égard des abus et de la grande difficulté à élaborer des garanties permettant de les prévenir, on ne saurait affirmer que l'interdiction générale de l'aide au suicide est arbitraire ou injuste, ou qu'elle ne reflète pas les valeurs fondamentales véhiculées dans notre société. Je suis donc incapable de conclure que l'al. 241b) viole un principe de justice fondamentale.

## II. L'article 12

L'article 12 de la *Charte* porte que:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Pour bénéficier de la protection offerte à l'art. 12, l'appelante doit établir deux éléments: d'une

Deportation may, however, come within the scope of a “treatment” in s. 12. The *Concise Oxford Dictionary* (1990) defines “treatment” as “a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing . . .” It is unnecessary, for the purposes of this appeal, to decide this point since I am of the view that the deportation authorized . . . is not cruel and unusual.

While the deportation order in *Chiarelli* was not penal in nature as it did not result from any particular offence having been committed, it was nonetheless imposed by the state in the context of enforcing a state administrative structure — in that case, the immigration system and its body of regulation. The respondent *Chiarelli* in that case, who had not complied with the requirements imposed by the regulatory scheme, was dealt with in accordance with the precepts of the administrative system. In that regard, any “treatment” was still within the bounds of the state’s control over the individual within the system set up by the state.

Certain decisions of lower courts have held that “treatment” should be seen to have a much broader scope than “punishment”. In *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368 (Alta. Q.B.), a case dealing with restrictions imposed on an accused in remand custody while awaiting trial, McDonald J. stated as follows, at p. 372:

In my view the word “treatment” is not limited in its breadth by the word “punishment” . . . Moreover, the word “treatment” is a more general word than “punishment”, and there is no apparent common denominator between the two which, even if the order of the words were reversed, could call the *ejusdem generis* rule into play.

Similarly, in *R. v. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222 (Ont. H.C.), Watt J. held that, at a preliminary level, subjecting an ill individual to a trial may be cruel treatment. He commented as follows, at p. 239:

“Treatment” connotes any conduct, action or behaviour towards another person. It is a word of more expansive or comprehensive import than is its disjunc-

Il se peut toutefois que l’expulsion constitue un «traitement» au sens de l’art. 12. En effet, selon la définition qu’en donne le *Petit Robert I* (1990), le terme «traitement» désigne un «(c)omportement à l’égard de (quelqu’un); actes traduisant ce comportement». C’est toutefois là un point qu’il n’est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l’expulsion autorisée [. . .] n’est ni cruelle ni inusitée.

Bien que l’ordonnance d’expulsion en cause dans l’arrêt *Chiarelli* ne soit pas de nature pénale puisqu’elle ne résultait pas de la perpétration d’une infraction particulière, elle était néanmoins imposée par l’État dans le contexte de la mise en application d’une structure administrative étatique — le régime d’immigration et ses règlements. Le cas de l’intimé *Chiarelli*, qui n’avait pas respecté les exigences imposées par le régime de réglementation, a été traité conformément aux préceptes du système administratif. Sous cet angle, tout «traitement» se situait toujours dans les limites du contrôle que l’État exerce sur l’individu dans le cadre du régime qu’il a établi.

Des instances inférieures ont jugé qu’il faudrait attribuer au «traitement» une portée beaucoup plus large qu’à la «peine». Dans l’arrêt *Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368 (B.R. Alb.), où il était question de restrictions imposées à l’accusé en détention provisoire dans l’attente de son procès, le juge McDonald a affirmé ce qui suit à la p. 372:

[TRADUCTION] À mon avis, le mot «traitement» n’est pas limité dans son étendue par le mot «peine» [. . .] De plus, le mot «traitement» est plus général que le mot «peine», et aucun dénominateur commun apparent entre les deux ne pourrait, même si l’ordre des mots était renversé, entraîner l’application de la règle *ejusdem generis*.

De même, dans l’arrêt *R. c. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222 (H.C. Ont.), le juge Watt a conclu qu’au niveau préliminaire, soumettre une personne malade à un procès peut constituer un traitement cruel. Il a fait les commentaires suivants à la p. 239:

[TRADUCTION] Le mot «traitement» s’entend d’une conduite, d’une action ou d’un comportement à l’égard de quelqu’un. Il a une portée plus large ou exhaustive

that she is subjected to treatment or punishment at the hands of the state, and second, that such treatment or punishment is cruel and unusual. In this case, the appellant alleges that the prohibition on assisted suicide has the effect of imposing upon her cruel and unusual treatment in that the prohibition subjects her to prolonged suffering until her natural death or requires that she end her life at an earlier point while she can still do so without help. In my opinion, it cannot be said that the appellant is subjected by the state to any form of punishment within the meaning of s. 12. The question of whether the appellant is subjected to "treatment", however, is less clear.

The degree to which "treatment" in s. 12 may apply outside the context of penalties imposed to ensure the application and enforcement of the law has not been definitively determined by this Court. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, in which this Court struck down the minimum seven-year sentence for importing narcotics, Lamer J. (as he then was) referred to the lobotomisation of certain dangerous offenders and the castration of sexual offenders as examples of "treatment" which would be contrary to s. 12 as opposed to punishment. Even granting that there may be a distinction in purpose between punishments such as imprisonment or lashings, which involve the convicted person paying his debt to society for the wrong he has committed, and the examples of treatment offered by Lamer J. which are arguably primarily concerned with protecting society from the offender, I would note that these treatments are still imposed by the state in the context of dealing with criminal behaviour.

In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, this Court suggested that s. 12 may have application outside of the criminal context. In that case, I found, for the Court, that the deportation order at issue was not a punishment for any particular offence, but that (at p. 735):

part, que l'État lui inflige un traitement ou une peine et, d'autre part, que le traitement ou la peine en question est cruel et inusité. En l'espèce, l'appelante allègue que la prohibition du suicide assisté a pour effet de lui imposer un traitement cruel et inusité en ce qu'elle prolonge ses souffrances jusqu'au moment de sa mort naturelle ou l'oblige à mettre fin plus tôt à sa vie c'est-à-dire à un moment où elle peut encore le faire sans aide. À mon avis, on ne peut dire que l'État inflige à l'appelante une peine au sens de l'art. 12. La question de savoir s'il lui impose un «traitement» est toutefois moins évidente.

Notre Cour n'a pas encore déterminé de façon définitive la mesure dans laquelle le mot «traitement» à l'art. 12 peut s'appliquer hors du contexte des peines imposées en vue de garantir l'application et l'exécution de la loi. Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, dans lequel notre Cour a invalidé la peine minimale de sept ans pour importation de stupéfiants, le juge Lamer a mentionné à titre d'exemples de «traitements» qui seraient contraires à l'art. 12, par opposition à une peine, la lobotomie de certains criminels dangereux et la castration d'auteurs de crimes sexuels. Même en admettant qu'il puisse exister une distinction entre l'objectif de peines telles l'emprisonnement et le fouet, au moyen desquels le coupable paie sa dette à la société pour le mal qu'il a fait, et celui des traitements mentionnés par le juge Lamer, lesquels, pourrait-on prétendre, visent principalement à protéger la société contre le contrevenant, je remarquerais que ces traitements sont encore imposés par l'État dans le contexte de la répression de la conduite criminelle.

Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, notre Cour laisse entendre que l'art. 12 pourrait s'appliquer en dehors du contexte criminel. Dans cette affaire, j'ai conclu au nom de la Cour que l'ordonnance d'expulsion en cause n'était pas une peine infligée à l'égard d'une infraction particulière, mais j'ai fait la remarque suivante, à la p. 735:

tive partner “punishment”, in that it extends, or potentially so, to all forms of disability or disadvantage and not merely to those imposed as a penalty to ensure the application and enforcement of a rule of law.

Other actions outside the penal context which have been seen to constitute “treatment” for the purposes of s. 12 include strip searches (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.), overturned on other grounds, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.)), and medical care imposed without consent on mentally ill patients (*Howlett v. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418). But see *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.), in which it was held that s. 12 “may even be restricted to penal or quasi-penal matters” (p. 409).

For the purposes of the present analysis, I am prepared to assume that “treatment” within the meaning of s. 12 may include that imposed by the state in contexts other than that of a penal or quasi-penal nature. However, it is my view that a mere prohibition by the state on certain action, without more, cannot constitute “treatment” under s. 12. By this I should not be taken as deciding that only positive state actions can be considered to be treatment under s. 12; there may well be situations in which a prohibition on certain types of actions may be “treatment” as was suggested by Dickson J. of the New Brunswick Court of Queen’s Bench in *Carlston v. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105, who was prepared to consider whether a complete ban on smoking in prisons would be “treatment” under s. 12. The distinction between that case and all of those referred to above, and the situation in the present appeal, however, is that in the cited cases the individual is in some way within the special administrative control of the state. In the present case, the appellant is simply subject to the edicts of the *Criminal Code*, as are all other individuals in society. The fact that, because of the personal situation in which she finds herself, a particular prohibition impacts upon her in a manner which causes her suffering does not subject her to “treatment” at the hands of the state. The starving person who is prohibited by

que son partenaire disjonctif, le mot «peine», en ce qu’il s’étend, du moins potentiellement, à toutes les formes d’incapacité ou de désavantage et non seulement à ceux qui sont imposés comme peine infligée pour garantir l’application et le respect de la primauté du droit.

D’autres actes sortant du contexte criminel ont été considérés comme un «traitement» aux fins de l’art. 12: les fouilles à nu (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1<sup>re</sup> inst.), infirmé pour d’autres motifs [1989] 1 C.F. 18 (C.A.)), et le traitement médical imposé sans consentement à des patients handicapés mentaux (*Howlett c. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418). Mais voir également *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (B.R. Alb.), dans lequel on a conclu que l’art. 12 [TRADUCTION] «peut même être limité à des questions pénales ou quasi pénales» (p. 409).

Aux fins de la présente analyse, je suis disposé à présumer que le «traitement» au sens de l’art. 12 peut inclure ce qui est imposé par l’État dans un contexte de nature autre que pénale ou quasi pénale. Toutefois, je suis d’avis que la simple prohibition imposée par l’État à l’égard d’une certaine action, sans plus, ne peut constituer un «traitement» au sens de l’art. 12. Il ne faut pas en déduire qu’à mon avis, seules les actions positives de l’État peuvent être considérées comme des traitements au sens de l’art. 12; il peut très bien exister des situations où l’interdiction de certaines formes d’actions peut constituer un «traitement», comme l’a laissé entendre le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Carlston c. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105, qui était disposé à examiner si l’interdiction totale de fumer dans les établissements carcéraux constituait un «traitement» au sens de l’art. 12. La distinction entre cette affaire de même que toutes celles citées précédemment et la situation en l’espèce tient toutefois à ce que, dans les cas cités, l’individu est d’une certaine façon soumis à un contrôle administratif particulier de l’État. En l’espèce, l’appelante est simplement soumise aux dispositions du *Code criminel*, comme tous les citoyens. Le fait qu’en raison de la situation personnelle dans laquelle elle se trouve, une interdiction particulière la touche d’une façon

threat of criminal sanction from “stealing a mouthful of bread” is likewise not subjected to “treatment” within the meaning of s. 12 by reason of the theft provisions of the *Code*, nor is the heroin addict who is prohibited from possessing heroin by the provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. There must be some more active state process in operation, involving an exercise of state control over the individual, in order for the state action in question, whether it be positive action, inaction or prohibition, to constitute “treatment” under s. 12. In my view, to hold that the criminal prohibition in s. 241(b), without the appellant being in any way subject to the state administrative or justice system, falls within the bounds of s. 12 stretches the ordinary meaning of being “subjected to . . . treatment” by the state.

For these reasons, in my view s. 241(b) does not violate s. 12.

### III. Section 15

The Chief Justice concludes that disabled persons who are unable to commit suicide without assistance are discriminated against contrary to s. 15 in that they are deprived of a benefit or subjected to a burden by virtue of s. 241(b) of the *Criminal Code*. Two difficult and important issues arise with respect to this application of s. 15:

(1) whether a claim by the terminally ill who cannot commit suicide without assistance can be supported on the ground that s. 241(b) discriminates against all disabled persons who are unable to commit suicide without assistance;

(2) whether deprivation of the ability to choose suicide is a benefit or burden within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

These issues would require the Court to make fundamental findings concerning the scope of

qui lui cause des souffrances ne signifie pas qu'elle est soumise à un «traitement» imposé par l'État. De même, la personne affamée à qui il est interdit sous peine de sanction criminelle de «voler une bouchée de pain» n'est pas soumise à un «traitement» au sens de l'art. 12 en raison des dispositions sur le vol prévues au *Code*, pas plus que ne l'est l'héroïnomane à qui il est interdit de posséder de l'héroïne en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Pour qu'elle constitue un «traitement» au sens de l'art. 12, l'action de l'État, qu'il s'agisse d'une action positive, d'une inaction ou d'une interdiction, doit faire intervenir la mise en œuvre d'un processus étatique plus actif, comportant l'exercice d'un contrôle de l'État sur l'individu. À mon avis, soutenir que l'interdiction prévue à l'al. 241(b), sans que l'appelante soit d'aucune façon soumise au système administratif ou judiciaire de l'État, se situe dans les limites de l'art. 12, forcerait le sens ordinaire de l'expression «contre tous traitements» imposés par l'État.

Pour ces motifs, je conclus que l'al. 241(b) ne viole pas l'art. 12.

### III. L'article 15

Le Juge en chef conclut que les personnes handicapées qui sont incapables de se suicider sans aide font l'objet d'une discrimination contraire à l'art. 15 en ce qu'elles sont privées d'un avantage ou soumise à un désavantage en raison de l'al. 241(b) du *Code criminel*. Cette application de l'art. 15 soulève deux points importants et délicats:

(1) La revendication formulée par le malade en phase terminale qui ne peut se suicider sans aide peut-elle être fondée sur le motif que l'al. 241(b) est discriminatoire à l'endroit de tous les handicapés qui sont incapables de se suicider sans aide?

(2) La privation de la possibilité de choisir le suicide constitue-t-elle la privation d'un avantage ou l'assujettissement à un désavantage au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Ces questions obligeront la Cour à formuler des conclusions fondamentales concernant la por-



s. 15. Since I am of the opinion that any infringement is clearly saved under s. 1 of the *Charter*, I prefer not to decide these issues in this case. They are better left to a case in which they are essential to its resolution. Rather, I will assume that s. 15 of the *Charter* is infringed and consider the application of s. 1.

#### IV. Section 1

I agree with the Chief Justice that s. 241(b) has “a clearly pressing and substantial legislative objective” grounded in the respect for and the desire to protect human life, a fundamental *Charter* value. I elaborated on the purpose of s. 241(b) earlier in these reasons in my discussion of s. 7.

On the issue of proportionality, which is the second factor to be considered under s. 1, it could hardly be suggested that a prohibition on giving assistance to commit suicide is not rationally connected to the purpose of s. 241(b). The Chief Justice does not suggest otherwise. Section 241(b) protects all individuals against the control of others over their lives. To introduce an exception to this blanket protection for certain groups would create an inequality. As I have sought to demonstrate in my discussion of s. 7, this protection is grounded on a substantial consensus among western countries, medical organizations and our own Law Reform Commission that in order to effectively protect life and those who are vulnerable in society, a prohibition without exception on the giving of assistance to commit suicide is the best approach. Attempts to fine tune this approach by creating exceptions have been unsatisfactory and have tended to support the theory of the “slippery slope”. The formulation of safeguards to prevent excesses has been unsatisfactory and has failed to allay fears that a relaxation of the clear standard set by the law will undermine the protection of life and will lead to abuses of the exception. The recent

tée de l’art. 15. Puisque je suis d’avis que la violation, s’il en est, est clairement justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*, je préfère ne pas me prononcer sur ces questions en l’espèce. Il vaut mieux les examiner dans une situation où elles sont essentielles pour trancher. Au lieu de cela, je présumerai qu’il y a atteinte à l’art. 15 et j’examinerai l’application de l’article premier de la *Charte*.

#### IV. L’article premier

Je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire que l’al. 241b) est fondé sur un «objectif législatif manifestement urgent et réel» basé sur le respect de la vie humaine, une valeur fondamentale de la *Charte*, et le désir de la protéger. J’ai analysé l’objectif de l’al. 241b) plus haut dans les présents motifs lorsque j’ai traité de l’art. 7.

Pour ce qui est de la proportionnalité, le second volet à considérer aux fins de l’article premier, il serait difficile de soutenir que l’interdiction de l’aide au suicide n’a pas de lien rationnel avec l’objectif de l’al. 241b). Le Juge en chef ne dit pas le contraire. L’alinéa 241b) protège les personnes contre le contrôle d’autrui sur leur vie. L’introduction d’une exception à cette protection universelle pour certains groupes créerait une inégalité. Comme j’ai essayé de le démontrer dans mon analyse de l’art. 7, cette protection trouve son fondement dans un consensus important, dans les pays occidentaux, dans les organisations médicales et chez notre propre Commission de réforme du droit, sur l’opinion que le meilleur moyen de protéger efficacement la vie et les personnes vulnérables de la société est d’interdire, sans exception, l’aide au suicide. Les tentatives qui ont été faites pour nuancer cette approche par l’introduction d’exceptions n’ont pas donné de résultats satisfaisants et tendent à étayer la théorie du «doigt dans l’engrenage». La formulation de garanties destinées à prévenir les abus a également donné des résultats insatisfaisants et n’a pas réussi à dissiper la crainte que l’assouplissement d’une norme claire établie par la loi affaiblirait la protection de la vie et mènerait à l’usage abusif des exceptions.

Working Paper of the Law Reform Commission, quoted above, bears repeating here:

The probable reason why legislation has not made an exception for the terminally ill lies in the fear of the excesses or abuses to which liberalization of the existing law could lead. As in the case of "compassionate murder", decriminalization of aiding suicide would be based on the humanitarian nature of the motive leading the person to provide such aid, counsel or encouragement. As in the case of compassionate murder, moreover, the law may legitimately fear the difficulties involved in determining the true motivation of the person committing the act.

The foregoing is also the answer to the submission that the impugned legislation is overbroad. There is no halfway measure that could be relied upon with assurance to fully achieve the legislation's purpose; first, because the purpose extends to the protection of the life of the terminally ill. Part of this purpose, as I have explained above, is to discourage the terminally ill from choosing death over life. Secondly, even if the latter consideration can be stripped from the legislative purpose, we have no assurance that the exception can be made to limit the taking of life to those who are terminally ill and genuinely desire death.

I wholeheartedly agree with the Chief Justice that in dealing with this "contentious" and "morally laden" issue, Parliament must be accorded some flexibility. In these circumstances, the question to be answered is, to repeat the words of La Forest J., quoted by the Chief Justice, from *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44, whether the government can "show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment". In light of the significant support for the type of legislation under attack in this case and the contentious and complex nature of the issues, I find that the government had a reasonable basis for concluding that it had complied with the require-

Il y a lieu de répéter ici le passage du récent Document de travail de la Commission de réforme du droit que j'ai cité plus haut:

Dans ce cas précis, on doit constater encore une fois que la raison probable qui a motivé le législateur à ne pas faire d'exception pour l'agonisant, est fondée sur la crainte des excès ou des abus qu'une libéralisation de la loi actuelle pourrait entraîner. Comme dans le cas du meurtre par compassion, une décriminalisation serait basée sur le caractère humanitaire du motif qui pousse la personne à fournir aide, conseil ou encouragement. Comme dans le cas du meurtre par compassion, la loi peut cependant légitimement craindre les difficultés qu'il peut y avoir à établir la motivation réelle de l'auteur de l'acte.

Ce qui précède permet aussi de répondre à l'argument selon lequel la disposition contestée a une portée excessive. Il n'existe pas de demi-mesure qui permettrait de garantir, avec toutes les assurances voulues, la pleine réalisation de l'objectif poursuivi par la loi; tout d'abord parce que cet objectif s'étend à la protection de la vie des malades en phase terminale. Comme je l'explique plus haut, cet objectif vise en partie à dissuader les malades en phase terminale de choisir la mort plutôt que la vie. Deuxièmement, si cette dernière considération peut être soustraite à l'objectif de la loi, nous n'avons aucune assurance que l'exception peut être conçue de façon à limiter la suppression de la vie aux malades en phase terminale qui souhaitent sincèrement mourir.

Je suis entièrement d'accord avec le Juge en chef que le Parlement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour traiter de cette question «controversée» et «chargée d'éléments moraux». Dans ces circonstances, la question posée, pour reprendre les propos du juge La Forest, cités par le Juge en chef, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44: le gouvernement peut-il «démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale»? Compte tenu du large appui que reçoit le type de législation contesté en l'espèce et le caractère controversé et complexe des questions en jeu, je conclus que le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure

ment of minimum impairment. This satisfies this branch of the proportionality test and it is not the proper function of this Court to speculate as to whether other alternatives available to Parliament might have been preferable.

It follows from the above that I am satisfied that the final aspect of the proportionality test, balance between the restriction and the government objective, is also met. I conclude, therefore, that any infringement of s. 15 is clearly justified under s. 1 of the *Charter*.

#### V. Disposition

I agree with the sentiments expressed by the justices of the British Columbia Court of Appeal — this case is an upsetting one from a personal perspective. I have the deepest sympathy for the appellant and her family, as I am sure do all of my colleagues, and I am aware that the denial of her application by this Court may prevent her from managing the manner of her death. I have, however, concluded that the prohibition occasioned by s. 241(b) is not contrary to the provisions of the *Charter*.

In the result, the appeal is dismissed, but without costs.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 241(b) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, except as to s. 15 in respect of which an infringement is assumed.

2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: As to ss. 7 and 12, no answer is required. As to s. 15, the answer is yes.

qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale. Cela satisfait aux exigences de cet aspect du critère de proportionnalité et ce n'est pas le rôle de la Cour de faire des conjectures quant à d'autres solutions préférables qui s'offraient au Parlement.

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu de ce que le dernier volet du critère de proportionnalité, l'équilibre entre la restriction et l'objectif gouvernemental, est également respecté. Je conclus donc que, en l'espèce, toute violation de l'art. 15, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### V. Dispositif

Je partage les sentiments exprimés par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique — la présente affaire est bouleversante d'un point de vue personnel. J'éprouve la plus profonde sympathie pour l'appelante et sa famille, comme, j'en suis persuadé, tous mes collègues, et je suis conscient que le rejet de sa demande par notre Cour risque de l'empêcher de contrôler les circonstances de sa mort. J'ai toutefois conclu que l'interdiction prévue à l'al. 241(b) n'est pas contraire aux dispositions de la *Charte*.

En conséquence, le pourvoi est rejeté sans dépens.

Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'alinéa 241b) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, sauf en ce qui concerne l'art. 15 dont la violation est présumée.

2. Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Pour ce qui est des art. 7 et 12, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Pour ce qui est de l'art. 15, la réponse est affirmative.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This case raises the question of whether a physically disabled patient may be precluded from obtaining medical assistance in committing suicide by reason of s. 241 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides:

241. Every one who

(a) counsels a person to commit suicide, or

(b) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

Sue Rodriguez would like to live, but she is dying from an incurable disease (ALS) which will inevitably bring her death within a more or less short time. She is asking this Court to allow her to determine the time and manner of her death. To proceed to end her life at the contemplated time, she will need medical assistance. Section 241 of the *Criminal Code* renders a person who would provide assistance to such an act liable for criminal sanction.

I have read the reasons of the Chief Justice. Persuasive as they are, I am of the view that this is not at base a case about discrimination under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that to treat it as such may deflect the equality jurisprudence from the true focus of s. 15 — “to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society”: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992, *per* Lamer C.J. I see this rather as a case about the manner in which the state may limit the right of a person to make decisions about her body under s. 7 of the *Charter*. I prefer to base my analysis on that ground.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Il s'agit de déterminer en l'espèce si l'art. 241 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, peut empêcher un malade handicapé physiquement d'obtenir une aide médicale pour se donner la mort:

241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas:

a) conseille à une personne de se donner la mort;

b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort,

que le suicide s'ensuive ou non.

Sue Rodriguez veut vivre, mais souffre d'une maladie incurable (SLA) dont elle va mourir inévitablement à plus ou moins brève échéance. Elle demande à la Cour de l'autoriser à décider du moment et des circonstances de sa mort. Pour se donner la mort au moment envisagé, elle aura besoin d'aide médicale. Aux termes de l'art. 241 du *Code criminel*, la personne qui fournirait une telle assistance serait passible de sanctions criminelles.

J'ai lu les motifs du Juge en chef. Tout convaincant qu'ils soient, je suis d'avis qu'au départ, la présente affaire ne concerne pas une discrimination en vertu de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la traiter comme telle risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15, qui consiste à «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne»: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, motifs du juge en chef Lamer. J'estime plutôt que c'est la façon dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* qui est en cause. Je préfère donc fonder mon analyse sur ce point.

I have also had the benefit of reading the reasons of my colleague Sopinka J. I am in agreement with much that he says. We share the view that s. 241(b) infringes the right in s. 7 of the *Charter* to security of the person, a concept which encompasses the notions of dignity and the right to privacy. Sopinka J. concludes that this infringement is in accordance with the principles of fundamental justice, because the infringement is necessary to prevent deaths which may not truly be consented to. It is on this point that I part company with him. In my view, the denial to Sue Rodriguez of a choice available to others cannot be justified. The potential for abuse is amply guarded against by existing provisions in the *Criminal Code*, as supplemented by the condition of judicial authorization, and ultimately, it is hoped, revised legislation. I cannot agree that the failure of Parliament to address the problem of the terminally ill is determinative of this appeal. Nor do I agree that the fact that medically assisted suicide has not been widely accepted elsewhere bars Sue Rodriguez's claim. Since the advent of the *Charter*, this Court has been called upon to decide many issues which formerly lay fallow. If a law offends the *Charter*, this Court has no choice but to so declare.

In my view, the reasoning of the majority in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, is dispositive of the issues on this appeal. In the present case, Parliament has put into force a legislative scheme which does not bar suicide but criminalizes the act of assisting suicide. The effect of this is to deny to some people the choice of ending their lives solely because they are physically unable to do so. This deprives Sue Rodriguez of her security of the person (the right to make decisions concerning her own body, which affect only her own body) in a way that offends the principles of fundamental justice, thereby violating s. 7 of the *Charter*. The violation cannot be saved under s. 1. This is precisely the logic which led the majority of this Court to strike down the abortion provisions of the *Criminal Code* in *Morgentaler*. In that case, Parliament

J'ai aussi eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Sopinka. Je suis en grande part d'accord avec ce qu'il dit. Nous partageons l'opinion que l'al. 241b) porte atteinte au droit, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, à la sécurité de la personne, notion qui englobe la notion de dignité et de protection de la vie privée. Le juge Sopinka conclut que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, parce qu'elle est nécessaire pour empêcher que se produisent des cas où la mort serait donnée sans vrai consentement. C'est là que je ne partage plus son opinion. À mon avis, on ne peut justifier de priver Sue Rodriguez d'un choix dont d'autres disposent. Les dispositions actuelles du *Code criminel*, accompagnées de l'exigence d'une autorisation judiciaire, et en fin de compte, faut-il espérer, une révision de la loi, suffisent amplement pour empêcher des abus éventuels. Je ne peux pas admettre que le simple fait que le Parlement n'ait pas traité du problème des malades en phase terminale soit déterminant dans le présent pourvoi. Je ne peux admettre non plus que le fait que le suicide avec assistance médicale ne soit pas largement accepté ailleurs soit un obstacle à la demande présentée par Sue Rodriguez. Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a été appelée à trancher de nombreuses questions qui jusqu'alors n'avaient pas reçu de réponse. Si une loi viole la *Charte*, notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer qu'elle le fait.

À mon avis, le raisonnement de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, résout les questions soulevées dans le présent pourvoi. En l'espèce, le Parlement a mis en vigueur un régime législatif qui n'interdit pas le suicide mais qui criminalise l'aide au suicide. Ce régime a pour effet de refuser à certaines personnes le droit de mettre fin à leur vie pour la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables. De ce fait, Sue Rodriguez est privée du droit à la sécurité de sa personne (le droit de prendre des décisions concernant son propre corps et qui n'affectent que son propre corps) d'une manière qui enfreint les principes de justice fondamentale et qui, par conséquent, viole l'art. 7 de la *Charte*. Cette violation ne peut se justifier en vertu de l'article premier. C'est précisément la logique qui a

had set up a scheme authorizing therapeutic abortion. The effect of the provisions was in fact to deny or delay therapeutic abortions to some women. This was held to violate s. 7 because it deprived some women of the right to deal with their own bodies as they chose thereby infringing their security of the person, in a manner which did not comport with the principles of fundamental justice. Parliament could not advance an interest capable of justifying this arbitrary legislative scheme, and, accordingly, the law was not saved under s. 1 of the *Charter*.

### Section 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It is established that s. 7 of the *Charter* protects the right of each person to make decisions concerning his or her body: *Morgentaler, supra*. This flows from the fact that decisions about one's body involve "security of the person" which s. 7 safeguards against state interference which is not in accordance with the principles of fundamental justice. Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact, alluded to by McEachern C.J.B.C. below, that "s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else": (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164.

amené la majorité de notre Cour à annuler les dispositions du *Code criminel* en matière d'avortement dans l'arrêt *Morgentaler*. Dans ce cas, le Parlement avait établi un régime autorisant l'avortement thérapeutique. En réalité, les dispositions avaient pour effet pour certaines femmes d'empêcher ou de retarder l'avortement thérapeutique. Ces dispositions ont été jugées contraires à l'art. 7 parce qu'elles privaient certaines femmes du droit de disposer de leurs corps selon leur choix, portant ainsi atteinte au droit à la sécurité de leur personne, d'une façon qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le Parlement n'étant pas en mesure de faire valoir un intérêt pouvant justifier ce régime législatif arbitraire, les dispositions en cause ne pouvaient pas être sauvegardées dans le cadre de l'article premier de la *Charte*.

### L'article 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* est ainsi libellé:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est établi que l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps: *Morgentaler, précité*. Cela résulte de ce que de telles décisions concernent la «sécurité de [l']a personne», que l'art. 7 protège contre une ingérence de l'État qui serait contraire aux principes de justice fondamentale. La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain. Cela rejoint les propos du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, selon lequel [TRADUCTION] «l'art. 7 a été adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui»: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164.

As Wilson J. wrote in *Morgentaler, supra*, at p. 164:

The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control.

Section 7 of the *Charter* mandates that if the state limits what people do with their bodies, the state must do so in a way which does not violate the principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1176, per Lamer J.; and E. Colvin, "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560. It requires the court to inquire into whether the manner in which the state has chosen to limit what one does with one's body violates the principles of fundamental justice. The question on this appeal is whether, having chosen to limit the right to do with one's body what one chooses by s. 241(b) of the *Criminal Code*, Parliament has acted in a manner which comports with the principles of fundamental justice.

This brings us to the next question: what are the principles of fundamental justice? They are, we are told, the basic tenets of our legal system whose function is to ensure that state intrusions on life, liberty and security of the person are effected in a manner which comports with our historic, and evolving, notions of fairness and justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*. Without defining the entire content of the phrase "principles of fundamental justice", it is sufficient for the purposes of this case to note that a legislative scheme which limits the right of a person to deal with her body as she chooses may violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* if the limit is arbitrary. A particular limit will be arbitrary if it bears no relation to, or is inconsistent with, the

Comme le dit le juge Wilson dans *Morgentaler, précité*, à la p. 164:

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle.

L'article 7 de la *Charte* exige que l'État, s'il restreint la façon dont un individu dispose de son corps, le fasse en conformité avec les principes de justice fondamentale: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1176, motifs du juge Lamer; et E. Colvin, «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560. L'article 7 exige que le tribunal vérifie si le moyen choisi par l'État pour restreindre le pouvoir de disposer de son propre corps viole les principes de justice fondamentale. La question en l'espèce est de savoir si, ayant choisi de restreindre le droit d'un individu de disposer de son corps par l'al. 241(b) du *Code criminel*, le Parlement l'a fait en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ceci nous amène à la question suivante: que sont les principes de justice fondamentale? Ils sont, dit-on, les préceptes fondamentaux de notre système juridique, et leur rôle est d'assurer que les ingérences de l'État dans la vie, la liberté et la sécurité de la personne soient conformes à nos notions historiques, et en évolution, d'équité et de justice: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Sans définir le contenu entier de l'expression «principes de justice fondamentale», il suffit, aux fins de l'espèce, de remarquer qu'un régime législatif qui restreint le droit d'un individu de disposer de son corps à sa guise peut enfreindre les principes de justice fondamentale d'après l'art. 7 de la *Charte*, si la restriction est arbitraire. Une restriction est arbitraire, lorsqu'elle n'a aucun lien ou est

objective that lies behind the legislation. This was the foundation of the decision of the majority of this Court in *Morgentaler*, *supra*.

This brings us to the critical issue in the case. Does the fact that the legal regime which regulates suicide denies to Sue Rodriguez the right to commit suicide because of her physical incapacity, render the scheme arbitrary and hence in violation of s. 7? Under the scheme Parliament has set up, the physically able person is legally allowed to end his or her life; he or she cannot be criminally penalized for attempting or committing suicide. But the person who is physically unable to accomplish the act is not similarly allowed to end her life. This is the effect of s. 241(b) of the *Criminal Code*, which criminalizes the act of assisting a person to commit suicide and which may render the person who desires to commit suicide a conspirator to that crime. Assuming without deciding that Parliament could criminalize all suicides, whether assisted or not, does the fact that suicide is not criminal make the criminalization of all assistance in suicide arbitrary?

My colleague Sopinka J. has noted that the decriminalization of suicide reflects Parliament's decision that the matter is best left to sciences outside the law. He suggests that it does not reveal any consensus that the autonomy interest of those who wish to end their lives is paramount to a state interest in protecting life. I agree. But this conclusion begs the question. What is the difference between suicide and assisted suicide that justifies making the one lawful and the other a crime, that justifies allowing some this choice, while denying it to others?

The answer to this question depends on whether the denial to Sue Rodriguez of what is available to others can be justified. It is argued that the denial to Sue Rodriguez of the capacity to treat her body in a way available to the physically able is justified because to permit assisted suicide will open the doors, if not the floodgates, to the killing of disabled persons who may not truly consent to death. The argument is essentially this. There may be no

incompatible avec l'objectif visé par la loi. Tel était le fondement de la décision de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler*, précité.

Se pose alors la question primordiale en l'espèce. Le fait que le régime législatif qui réglemente le suicide prive Sue Rodriguez du droit de se donner la mort en raison de son incapacité physique rend-il le régime arbitraire et par conséquent contraire à l'art. 7? Suivant le régime établi par le Parlement, la personne physiquement capable est légalement autorisée à mettre fin à sa vie; elle n'est pas passible de sanction criminelle, si elle se suicide ou tente de se suicider. La personne physiquement incapable d'accomplir l'acte n'est pas autorisée de la même manière à se donner la mort. Tel est l'effet de l'al. 241b) du *Code criminel*, qui criminalise le fait d'aider une personne à se donner la mort et qui peut rendre la personne qui souhaite se suicider partie à un complot en vue de commettre le crime en question. À supposer — sans décider ce point — que l'État puisse criminaliser tous les suicides, assistés ou non, le fait que le suicide ne soit pas un crime rend-il arbitraire la criminalisation de toute aide au suicide?

Mon collègue le juge Sopinka fait observer que la décriminalisation du suicide indique que le Parlement estime préférable de laisser la question à d'autres sciences qu'au droit. Il semble indiquer qu'on ne peut y voir aucun consensus selon lequel l'intérêt d'autonomie de ceux qui veulent mettre fin à leur vie l'emporte sur l'intérêt de l'État dans la protection de la vie. Je suis d'accord. Mais cette conclusion élude la question. Quelle différence entre le suicide et le suicide assisté justifie de déclarer l'un licite et l'autre criminel, ou justifie d'autoriser ce choix à certains et de le retirer à d'autres?

Pour répondre à la question, il faut déterminer si le fait de priver Sue Rodriguez de ce qui est accordé aux autres peut se justifier. On soutient que le refus à Sue Rodriguez de la possibilité de disposer de son corps d'une manière permise à la personne physiquement capable est justifié puisque la légalisation de l'aide au suicide ouvrira les portes, sinon les écluses, à un flot de cas où serait provoquée la mort de personnes handicapées qui



reason on the facts of Sue Rodriguez's case for denying to her the choice to end her life, a choice that those physically able have available to them. Nevertheless, she must be denied that choice because of the danger that other people may wrongfully abuse the power they have over the weak and ill, and may end the lives of these persons against their consent. Thus, Sue Rodriguez is asked to bear the burden of the chance that other people in other situations may act criminally to kill others or improperly sway them to suicide. She is asked to serve as a scapegoat.

The merits of this argument may fall for consideration at the next stage of the analysis, where the question is whether a limit imposed contrary to the principles of fundamental justice may nevertheless be saved under s. 1 of the *Charter* as a limit demonstrably justified in a free and democratic society. But they have no place in the s. 7 analysis that must be undertaken on this appeal. When one is considering whether a law breaches the principles of fundamental justice under s. 7 by reason of arbitrariness, the focus is on whether a legislative scheme infringes a particular person's protected interests in a way that cannot be justified having regard to the objective of this scheme. The principles of fundamental justice require that each person, considered individually, be treated fairly by the law. The fear that abuse may arise if an individual is permitted that which she is wrongly denied plays no part at this initial stage. In short, it does not accord with the principles of fundamental justice that Sue Rodriguez be disallowed what is available to others merely because it is possible that other people, at some other time, may suffer, not what she seeks, but an act of killing without true consent. As Lamer C.J. stated in *Swain, supra*, at p. 977:

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and

ne consentent pas véritablement à mourir. L'argument est essentiellement le suivant: il n'y a peut-être aucune raison, étant donné les faits de l'affaire, de refuser à Sue Rodriguez le choix de mettre fin à sa vie, un choix dont disposent les personnes physiquement capables de le faire. Toutefois, on doit lui refuser ce choix en raison du risque que d'autres personnes exercent à tort leur pouvoir sur des personnes faibles et malades et mettent fin à leur vie contre leur gré. Par conséquent, on demande à Sue Rodriguez de porter le poids du risque que d'autres personnes, dans d'autres circonstances, agissent criminellement pour tuer d'autres personnes ou pour les convaincre de se suicider. On lui demande d'être le bouc émissaire.

La valeur de cet argument peut être examinée à l'étape suivante de l'analyse, quand il faut déterminer si une restriction contraire aux principes de justice fondamentale peut néanmoins être préservée dans le cadre de l'article premier de la *Charte* parce que sa justification se démontre dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cependant, cet argument n'intervient pas dans le contexte de l'analyse fondée sur l'art. 7 en l'espèce. Pour déterminer si une loi enfreint les principes de justice fondamentale d'après l'art. 7 en raison de son caractère arbitraire, l'analyse est axée sur la question de savoir si le régime législatif viole les intérêts protégés d'une personne précise d'une façon qui n'est pas justifiée par l'objectif du régime. Les principes de justice fondamentale exigent que chacun individuellement soit traité équitablement par la loi. La crainte d'abus possibles si on permet à un individu ce qui lui est refusé à tort n'est aucunement pertinente à cette étape initiale. Bref, il est contraire aux principes de justice fondamentale de ne pas permettre à Sue Rodriguez ce qui est permis à d'autres, pour la simple raison qu'il est possible que d'autres personnes, à un moment donné, subissent, non pas ce qu'elle demande, mais l'acte de donner la mort sans véritable consentement. Comme le juge en chef Lamer l'a indiqué dans l'arrêt *Swain*, précité, à la p. 977:

Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes

to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, it is my view that any balancing of societal interests against the individual right guaranteed by s. 7 should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*.

I add that it is not generally appropriate that the complainant be obliged to negate societal interests at the s. 7 stage, where the burden lies upon her, but that the matter be left for s. 1, where the burden lies on the state.

As my colleague Sopinka J. notes, this Court has held that the principles of fundamental justice may in some cases reflect a balance between the interests of the individual and those of the state. This depends upon the character of the principle of fundamental justice at issue. Where, for instance, the Court is considering whether it accords with fundamental justice to permit the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387), or the propriety of a particular change in correctional law which has the effect of depriving a prisoner of a liberty interest (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143), it may be that the alleged principle will be comprehensible only if the state's interest is taken into account at the s. 7 stage. The *Charter* complainant may be called upon to bear the onus of showing that long-established or *prima facie* necessary practices do not accord with the principles of fundamental justice. The inquiry whether a legislative scheme is arbitrary raises different concerns. The state will always bear the burden of establishing the propriety of an arbitrary legislative scheme, once a complainant has shown it is arbitrary. It will do so at the s. 1 stage, where the state bears the onus, and where the public concerns which might save an arbitrary scheme are relevant. This is precisely the way the majority judgments in *Morgentaler* treated the issues that arose there; it is

de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres termes, j'estime que l'évaluation des intérêts de la société par rapport au droit individuel garanti par l'art. 7 ne devrait se faire que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*.

J'ajouterais que, d'une façon générale, il n'est pas approprié d'obliger le plaignant à réfuter les intérêts de la société à l'étape de l'art. 7, où le fardeau lui incombe, et que la question doit plutôt être étudiée dans le contexte de l'article premier, où le fardeau incombe à l'État.

Comme le souligne mon collègue le juge Sopinka, notre Cour a décidé que les principes de justice fondamentale peuvent dans certains cas refléter un équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. Cela dépend de la nature du principe de justice fondamentale en cause. Quand, par exemple, la Cour détermine si sont conformes à la justice fondamentale la prise d'empreintes digitales d'une personne qui a été arrêtée, mais pas encore déclarée coupable (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387), ou un changement précis apporté au droit correctionnel qui a pour effet de priver un prisonnier d'un intérêt de liberté (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143), il se peut alors que le principe allégué ne soit compréhensible que si l'intérêt de l'État est pris en compte à l'étape de l'art. 7. Celui qui invoque la *Charte* peut être appelé à avoir la charge de démontrer que des pratiques bien établies ou, à première vue, nécessaires ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de savoir si un régime législatif est arbitraire soulève des points différents. C'est toujours à l'État qu'il incombe d'établir l'opportunité d'un régime législatif arbitraire, une fois que le plaignant a établi son caractère arbitraire. L'État le fera à l'étape de l'article premier, quand l'État a le fardeau de preuve, et quand les considérations d'intérêt public qui peuvent justifier le maintien du régime arbitraire sont pertinentes. C'est de cette façon précisément que les jugements de la majorité dans l'arrêt *Morgentaler*

the way I think the Court should proceed in this case.

It is also argued that Sue Rodriguez must be denied the right to treat her body as others are permitted to do, because the state has an interest in absolutely forbidding anyone to help end the life of another. As my colleague Sopinka J. would have it: "... active participation by one individual in the death of another is intrinsically morally and legally wrong" (p. 601). The answer to this is that Parliament has not exhibited a consistent intention to criminalize acts which cause the death of another. Individuals are not subject to criminal penalty when their omissions cause the death of another. Those who are under a legal duty to provide the "necessaries of life" are not subject to criminal penalty where a breach of this duty causes death, if a lawful excuse is made out, for instance the consent of the party who dies, or incapacity to provide: see *Criminal Code*, s. 215. Again, killing in self-defence is not culpable. Thus there is no absolute rule that causing or assisting in the death of another is criminally wrong. Criminal culpability depends on the circumstances in which the death is brought about or assisted. The law has long recognized that if there is a valid justification for bringing about someone's death, the person who does so will not be held criminally responsible. In the case of Sue Rodriguez, there is arguably such a justification — the justification of giving her the capacity to end her life which able-bodied people have as a matter of course, and the justification of her clear consent and desire to end her life at a time when, in her view, it makes no sense to continue living it. So the argument that the prohibition on assisted suicide is justified because the state has an interest in absolutely criminalizing any wilful act which contributes to the death of another is of no assistance.

ont traité des questions soulevées; je pense que la Cour devrait procéder de la même manière en l'es-pèce.

a

On soutient également que Sue Rodriguez doit être privée du droit de faire de son corps ce que d'autres peuvent faire, parce que l'État a intérêt à formellement interdire à quiconque d'aider quelqu'un à se donner la mort. Comme le dit mon collègue le juge Sopinka: «... la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique» (p. 601). La réponse à cet argument est que le Parlement n'a pas affiché de façon constante l'intention de criminaliser les actes qui causent la mort d'autrui. Ainsi, les individus dont les omissions causent la mort d'autrui ne sont pas passibles de sanctions criminelles. De même, ceux qui manquent à l'obligation légale de fournir les «choses nécessaires à l'existence» et causent ainsi la mort ne sont pas passibles de sanctions criminelles si une excuse légitime est fournie, comme le consentement de la victime ou l'incapacité de fournir: voir l'art. 215 du *Code criminel*. En outre, tuer en légitime défense n'entraîne pas la culpabilité. Aucune règle absolue ne dit que le fait de causer la mort d'autrui ou d'aider à la mort d'autrui est criminellement répréhensible. La culpabilité criminelle dépend des circonstances dans lesquelles la mort a été provoquée ou assistée. Le droit reconnaît depuis longtemps que si, avec une justification valable, une personne cause la mort de quelqu'un, elle n'en sera pas tenue criminellement responsable. Dans le cas de Sue Rodriguez, on pourrait soutenir qu'une telle justification existe, la justification consistant à lui donner la capacité, dont jouissent naturellement les personnes physiquement capables, de mettre fin à sa vie et la justification fournie par son consentement évident et son souhait de mettre un terme à sa vie au moment où elle estime que sa vie ne vaut plus la peine d'être vécue. L'argument selon lequel la prohibition de l'aide au suicide est justifiée du fait que l'État a un intérêt à criminaliser absolument tout acte délibéré qui contribue à la mort d'autrui n'est donc d'aucun secours.

This conclusion meets the contention that only passive assistance — the withdrawal of support necessary to life — should be permitted. If the justification for helping someone to end life is established, I cannot accept that it matters whether the act is “passive” — the withdrawal of support necessary to sustain life — or “active” — the provision of a means to permit a person of sound mind to choose to end his or her life with dignity.

Certain of the interveners raise the concern that the striking down of s. 241(b) might demean the value of life. But what value is there in life without the choice to do what one wants with one’s life, one might counter. One’s life includes one’s death. Different people hold different views on life and on what devalues it. For some, the choice to end one’s life with dignity is infinitely preferable to the inevitable pain and diminishment of a long, slow decline. Section 7 protects that choice against arbitrary state action which would remove it.

In summary, the law draws a distinction between suicide and assisted suicide. The latter is criminal, the former is not. The effect of the distinction is to prevent people like Sue Rodriguez from exercising the autonomy over their bodies available to other people. The distinction, to borrow the language of the Law Reform Commission of Canada, “is difficult to justify on grounds of logic alone”: Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 53. In short, it is arbitrary. The objective that motivates the legislative scheme that Parliament has enacted to treat suicide is not reflected in its treatment of assisted suicide. It follows that the s. 241(b) prohibition violates the fundamental principles of justice and that s. 7 is breached.

#### Section 1 of the Charter

A law which violates the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* may be saved under s. 1 of the *Charter* if the state proves

Cette conclusion répond à l’argument selon lequel seule l’assistance passive — l’interruption de soins nécessaires à la vie — devrait être permise. Si est établie la justification de l’assistance apportée à une personne pour se donner la mort, je ne peux accepter de faire une différence entre l’acte «passif», l’interruption de soins nécessaires pour maintenir en vie, et l’acte «actif», la fourniture du moyen qui permettra à une personne saine d’esprit de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité.

Certains intervenants ont invoqué la crainte que l’annulation de l’al. 241(b) puisse amoindrir la valeur de la vie. Mais, peut-on répondre, quelle valeur y a-t-il à une vie sans choix de faire ce qu’on veut faire de sa propre vie? La vie d’une personne inclut sa mort. Différentes personnes ont des opinions différentes sur la vie et ce qui la dévalorise. Pour certains, la possibilité de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité est infiniment préférable aux douleurs et à l’amoindrissement inévitable d’un déclin long et lent. L’article 7 protège ce choix contre la mesure étatique arbitraire qui le supprimerait.

En résumé, la loi établit une distinction entre le suicide et le suicide assisté. Le second est criminel, le premier ne l’est pas. Cette distinction a pour effet d’empêcher des gens comme Sue Rodriguez d’exercer sur leur personne l’autonomie dont jouissent les autres. «[S]ur le seul plan de la logique», pour reprendre les commentaires de la Commission de réforme du droit du Canada, la distinction «est extrêmement difficile [à justifier]»: Document de travail 28, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 60. Bref, elle est arbitraire. L’objectif qui a motivé le régime législatif adopté par le Parlement à l’égard du suicide ne se reflète pas dans le traitement du suicide assisté. De ce fait, l’interdiction prévue à l’al. 241(b) viole les principes de justice fondamentale et donc l’art. 7.

#### L’article premier de la Charte

La disposition législative qui enfreint les principes de justice fondamentale d’après l’art. 7 de la *Charte* peut se justifier aux termes de l’article pre-

that it is “reasonable . . . [and] demonstrably justified in a free and democratic society”.

The first thing which the state must show is that the law serves an objective important enough to outweigh the seriousness of the infringement of individual liberties. What then is the objective of the provision of the *Criminal Code* which criminalizes the act of assisting another to commit suicide? It cannot be the prevention of suicide, since Parliament has decriminalized suicide. It cannot be the prevention of the physical act of assisting in bringing about death, since, as discussed above, in many circumstances that act is not a crime. The true objective, it seems, is a practical one. It is the fear that if people are allowed to assist other people in committing suicide, the power will be abused in a way that may lead to the killing of those who have not truly and of their free will consented to death. It is this concern which my colleague Sopinka J. underscores in saying that the purpose of s. 241(b) is “the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide” (p. 595).

This justification for s. 241(b) embraces two distinct concerns. The first is the fear that unless assisted suicide is prohibited, it will be used as cloak, not for suicide, but for murder. Viewed thus, the objective of the prohibition is not to prohibit what it purports to prohibit, namely assistance in suicide, but to prohibit another crime, murder or other forms of culpable homicide.

I entertain considerable doubt whether a law which infringes the principles of fundamental justice can be found to be reasonable and demonstrably justified on the sole ground that crimes other than those which it prohibits may become more frequent if it is not present. In Canada it is not clear that such a provision is necessary; there is a sufficient remedy in the offences of culpable homicide. Nevertheless, the fear cannot be dismissed cavalierly; there is some evidence from foreign jurisdictions indicating that legal codes which per-

mier de la *Charte* si l'État établit que la restriction est «raisonnable» et que sa «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

L'État doit en premier lieu établir que la disposition sert un objectif suffisamment important pour l'emporter sur la gravité de la violation des libertés individuelles. Quel est donc l'objectif de la disposition du *Code criminel* qui criminalise l'aide au suicide? Ce ne peut être la prévention du suicide puisque le législateur l'a décriminalisé. Ce ne peut être non plus la prévention du geste qui contribue à causer la mort puisque, je le répète, dans bien des cas un tel geste n'est pas un crime. L'objectif véritable, il me semble, est d'ordre pratique. On craint que, s'il est permis d'aider quelqu'un à se donner la mort, il soit abusé de ce pouvoir et que puissent être ainsi tuées des personnes qui n'ont pas véritablement et librement consenti à mourir. C'est la crainte que mon collègue le juge Sopinka invoque lorsqu'il affirme que le but de l'al. 241b) est de «protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider» (p. 595).

Cette justification de l'al. 241b) vise deux craintes distinctes. D'abord, il y a la crainte qu'à moins de l'interdire, l'aide au suicide serve de couverture non pas au suicide, mais au meurtre. Sous cet angle, l'objectif de la prohibition ne consiste pas à interdire ce qu'il vise à interdire, soit l'aide au suicide, mais à interdire un autre crime, le meurtre ou d'autres formes d'homicides coupables.

Je doute sérieusement qu'une disposition législative portant atteinte aux principes de justice fondamentale puisse être considérée comme raisonnable et se justifier pour le seul motif que des crimes autres que ceux qu'elle prohibe risquent de devenir plus fréquents si elle n'existe pas. Il n'est pas évident qu'une telle disposition soit nécessaire au Canada; les infractions d'homicide coupable offrent un recours suffisant. Néanmoins, la crainte ne peut pas être écartée du revers de la main; certains éléments de preuve provenant de ressorts

mit assisted suicide may be linked to cases of involuntary deaths of the aging and disabled.

The second concern is that even where consent to death is given, the consent may not in fact be voluntary. There is concern that individuals will, for example, consent while in the grips of transitory depression. There is also concern that the decision to end one's life may have been influenced by others. It is argued that to permit assisted suicide will permit people, some well intentioned, some malicious, to bring undue influence to bear on the vulnerable person, thereby provoking a suicide which would otherwise not have occurred.

The obvious response to this concern is that the same dangers are present in any suicide. People are led to commit suicide while in the throes of depression and it is not regarded as criminal conduct. Moreover, this appeal is concerned with s. 241(b) of the *Criminal Code*. Section 241(a), which prohibits counselling in suicide, remains in force even if it is found that s. 241(b) is unconstitutional. But bearing in mind the peculiar vulnerability of the physically disabled, it might be facile to leave the question there. The danger of transitory or improperly induced consent must be squarely faced.

The concern for deaths produced by outside influence or depression centre on the concept of consent. If a person of sound mind, fully aware of all relevant circumstances, comes to the decision to end her life at a certain point, as Sue Rodriguez has, it is difficult to argue that the criminal law should operate to prevent her, given that it does not so operate in the case of others throughout society. The fear is that a person who does not consent may be murdered, or that the consent of a vulnerable person may be improperly procured.

Are these fears, real as they are, sufficient to override Sue Rodriguez's entitlement under s. 7 of

étrangers indiquent que certaines lois autorisant le suicide assisté peuvent être reliées à des cas de morts non souhaitées chez des personnes âgées et des handicapés.

Deuxièmement, on craint que, même quand le consentement à la mort est donné, ce consentement ne soit pas vraiment volontaire. On craint, par exemple, que des personnes consentent à mourir dans un moment de dépression passagère. On craint également que la décision de se donner la mort ait été prise sous l'influence d'autrui. On soutient que la légalisation du suicide assisté permettra à des gens, certains bien intentionnés, d'autres malveillants, de soumettre à une influence excessive la personne vulnérable, entraînant ainsi un suicide qui autrement n'aurait pas eu lieu.

La réponse évidente à cela est que les mêmes dangers guettent tous les suicides. Des gens se suicident lorsqu'ils sont en proie à une dépression, et ce n'est pas une conduite criminelle. De plus, le présent appel vise l'al. 241b) du *Code criminel*. L'alinéa 241a), qui interdit de conseiller le suicide, demeurera en vigueur si l'al. 241b) est déclaré inconstitutionnel. Toutefois, compte tenu de la vulnérabilité particulière de la personne physiquement handicapée, il pourrait être trop facile d'en rester là. Il faut faire face au risque que constitue le consentement passager ou obtenu irrégulièrement.

La crainte relative aux morts provoquées par une influence extérieure ou une dépression se rattache directement au concept du consentement. Si une personne saine d'esprit, pleinement consciente de toutes les circonstances pertinentes, décide de mettre fin à sa vie à un certain moment, comme l'a fait Sue Rodriguez, on peut difficilement soutenir que le droit criminel doit intervenir pour l'en empêcher alors qu'il n'intervient pas dans le cadre d'autres membres de la société dans son ensemble. On craint qu'une personne qui ne donne pas son consentement soit victime d'un meurtre ou que le consentement d'une personne vulnérable soit obtenu irrégulièrement.

Ces craintes, si réelles qu'elles soient, sont-elles suffisamment importantes pour l'emporter sur le

the *Charter* to end her life in the manner and at the time of her choosing? If the absolute prohibition on assisted suicide were truly necessary to ensure that killings without consent or with improperly obtained consent did not occur, the answer might well be affirmative. If, on the other hand, the safeguards in the existing law, supplemented by directives such as those proposed by McEachern C.J. below are sufficient to meet the concerns about false consent, withholding from Sue Rodriguez the choice to end her life, which is enjoyed by able-bodied persons, is neither necessary nor justified.

In my view, the existing provisions in the *Criminal Code* go a considerable distance to meeting the concerns of lack of consent and improperly obtained consent. A person who causes the death of an ill or handicapped person without that person's consent can be prosecuted under the provisions for culpable homicide. The cause of death having been established, it will be for the person who administered the cause to establish that the death was really a suicide, to which the deceased consented. The existence of a criminal penalty for those unable to establish this should be sufficient to deter killings without consent or where consent is unclear. As noted above, counselling suicide would also remain a criminal offence under s. 241(a). Thus the bringing of undue influence upon a vulnerable person would remain prohibited.

These provisions may be supplemented, by way of a remedy on this appeal, by a further stipulation requiring court orders to permit the assistance of suicide in a particular case. The judge must be satisfied that the consent is freely given with a full appreciation of all the circumstances. This will ensure that only those who truly desire to bring their lives to an end obtain assistance. While this may be to ask more of Ms. Rodriguez than is asked of the physically able person who seeks to commit suicide, the additional precautions are arguably

droit de Sue Rodriguez garanti à l'art. 7 de la *Charte* de mettre fin à sa vie, de la façon et au moment de son choix? Si la prohibition absolue du suicide assisté était réellement nécessaire afin d'éviter les meurtres commis sans consentement ou avec un consentement obtenu irrégulièrement, la réponse pourrait fort bien être affirmative. Si, d'autre part, les garanties offertes par la législation, accompagnées de directives comme celles qui ont été proposées par le juge en chef McEachern, suffisent à dissiper les craintes relatives au consentement, on ne peut prétendre qu'il est nécessaire et justifié de priver Sue Rodriguez du droit de mettre fin à sa vie, un droit dont jouissent les personnes non handicapées.

À mon avis, les dispositions actuelles du *Code criminel* contribuent grandement à dissiper les craintes relatives à l'absence de consentement et au consentement obtenu irrégulièrement. Quiconque cause la mort d'une personne malade ou handicapée sans le consentement de cette dernière peut être poursuivi en vertu des dispositions en matière d'homicide coupable. Une fois la cause de la mort établie, il appartiendra à la personne qui en est à l'origine d'établir que la mort était réellement un suicide, auquel le défunt avait consenti. L'existence de sanctions criminelles contre ceux qui ne pourraient établir cela devrait suffire à dissuader des morts provoquées sans consentement ou avec un consentement incertain. Comme je le souligne plus haut, conseiller le suicide demeurerait également une infraction criminelle en vertu de l'al. 241a). Aussi, l'exercice d'une influence excessive sur une personne vulnérable demeurerait prohibé.

Ces dispositions peuvent être accompagnées, par le biais d'une réparation accordée dans le présent pourvoi, de conditions supplémentaires exigeant qu'une ordonnance d'un tribunal autorise l'aide au suicide dans un cas particulier. Le juge doit être convaincu que le consentement est donné librement, en pleine connaissance de toutes les circonstances. Cela garantira que seules les personnes qui souhaitent véritablement mettre fin à leur vie obtiennent l'aide. Si c'est plus demander à Sue Rodriguez qu'on ne demande à une personne non

justified by the peculiar vulnerability of the person who is physically unable to take her own life.

I conclude that the infringement of s. 7 of the *Charter* by s. 241(b) has not been shown to be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

#### The Respective Roles of Parliament and the Courts

It was strenuously argued that it was the role of Parliament to deal with assisted suicide and that the Court should not enter on the question. These arguments echo the views of the justices of the majority of the Court of Appeal below. Hollinrake J.A. stated: "it is my view in areas with public opinion at either extreme, and which involve basically philosophical and not legal considerations, it is proper that the matter be left in the hands of Parliament as historically has been the case" (p. 177). Proudfoot J.A. added: "On the material available to us, we are in no position to assess the consensus in Canada with respect to assisted suicide. . . . I would leave to Parliament the responsibility of taking the pulse of the nation" (p. 186).

Were the task before me that of taking the pulse of the nation, I too should quail, although as a matter of constitutional obligation, a court faced with a *Charter* breach may not enjoy the luxury of choosing what it will and will not decide. I do not, however, see this as the task which faces the Court in this case. We were not asked to second guess Parliament's objective of criminalizing the assistance of suicide. Our task was the much more modest one of determining whether, given the legislative scheme regulating suicide which Parliament has put in place, the denial to Sue Rodriguez of the ability to end her life is arbitrary and hence amounts to a limit on her security of the person which does not comport with the principles of fundamental justice. Parliament in fact has chosen to legislate on suicide. It has set up a scheme which makes suicide lawful, but which makes assisted suicide criminal. The only question is whether Par-

handicapée qui cherche à se suicider, ces précautions supplémentaires peuvent se justifier par la vulnérabilité particulière d'une personne qui est incapable physiquement de mettre fin à sa vie.

Je conclus qu'il n'a pas été démontré que l'atteinte à l'art. 7 de la *Charte* par l'al. 241b) est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

#### Les rôles respectifs du législateur et des tribunaux

On a soutenu énergiquement qu'il appartenait au Parlement de régler le suicide assisté et que notre Cour devait se garder de se prononcer sur la question. Ces arguments font écho aux opinions des juges de la majorité de la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Hollinrake a indiqué: [TRADUCTION] «je suis d'avis que, dans les domaines où s'opposent des opinions publiques extrêmes et où sont soulevées des considérations fondamentalement philosophiques et non juridiques, il y a lieu de laisser la question entre les mains du législateur comme ce fut le cas dans le passé» (p. 177). Le juge Proudfoot a ajouté: [TRADUCTION] «La preuve substantielle qui nous est soumise ne nous permet pas d'évaluer le niveau de consensus au Canada à l'égard du suicide assisté [ . . . ] Je suis d'avis qu'il appartient au Parlement de tâter le pouls de la population» (p. 186).

Si la tâche qui m'était confiée consistait à prendre le pouls de la population, je reculerais moi aussi, bien qu'en matière d'obligation constitutionnelle, un tribunal saisi d'une violation de la *Charte* peut ne pas jouir du luxe de choisir ce sur quoi il se prononcera et ne se prononcera pas. J'estime toutefois que ce n'est pas la tâche qui incombe à notre Cour en l'espèce. On ne nous a pas demandé de reconsidérer l'objectif du Parlement de criminaliser l'aide au suicide. Nous avons la tâche beaucoup plus modeste de déterminer si, étant donné le régime législatif institué par le Parlement pour réglementer le suicide, le fait de priver Sue Rodriguez du pouvoir de mettre fin à sa vie est arbitraire et équivaut par conséquent à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Le Parlement a en fait choisi de légiférer en matière de suicide. Il a mis sur pied un régime qui légalise



liament, having chosen to act in this sensitive area touching the autonomy of people over their bodies, has done so in a way which is fundamentally fair to all. The focus is not on why Parliament has acted, but on the way in which it has acted.

### Remedy

I concur generally in the remedy proposed by the Chief Justice in his reasons, although I am not convinced that some of the conditions laid down by his guidelines are essential. In the case at bar, where the plaintiff's own act will trigger death, it may not be necessary to ascertain the consent on a daily basis, nor to place a limit of 31 days on the certificate. What is required will vary from case to case. The essential in all cases is that the judge be satisfied that if and when the assisted suicide takes place, it will be with the full and free consent of the applicant. I would leave the final order to be made by the chambers judge, having regard to the guidelines suggested by McEachern C.J. below and the exigencies of the particular case.

I would answer the constitutional questions as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting) — I have read the excellent reasons of the Chief Justice and Justices Sopinka and McLachlin. I am in agreement with the disposition of this appeal proposed by the Chief Justice, substantially for the reasons put forward both by the Chief Justice and McLachlin J. The bases for my conclusion can be briefly stated.

At the outset I would observe that all parties to this debate take the same basic position, namely that human life is fundamentally important to our democratic society. Those opposed to the relief sought by Sue Rodriguez seek to uphold the impugned provisions of the *Criminal Code* on the grounds that it assists society to preserve human

le suicide, mais qui criminalise l'aide au suicide. La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi.

### b Réparation

Je souscris pour l'essentiel à la réparation proposée par le Juge en chef dans ses motifs bien que je ne sois pas convaincue que certaines conditions énoncées dans ses directives soient indispensables. En l'espèce, un cas où c'est le geste de l'appelante elle-même qui provoquera la mort, il n'est peut-être pas nécessaire de vérifier le consentement chaque jour, ni de limiter à 31 jours la durée du certificat. Les exigences varieront dans chaque cas. L'essentiel dans tous les cas est que le juge soit convaincu que lorsque le suicide a lieu, s'il a lieu, ce sera avec le consentement libre et entier du requérant. Je laisserais au juge en chambre le soin de rédiger l'ordonnance finale, en tenant compte des directives proposées par le juge en chef McEachern et des circonstances du cas envisagé.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident) — J'ai lu les excellents motifs rédigés par le Juge en chef et les juges Sopinka et McLachlin. Je suis d'accord avec la façon dont le Juge en chef propose de trancher le pourvoi, principalement pour les motifs avancés tant par le Juge en chef lui-même que par le juge McLachlin. J'explique brièvement les motifs de ma conclusion.

Tout d'abord, je ferais observer que toutes les parties à ce débat s'entendent sur le point de base que la vie humaine est d'une importance fondamentale pour notre société démocratique. Ceux qui s'opposent au redressement que demande Sue Rodriguez cherchent à maintenir les dispositions contestées du *Code criminel* pour le motif qu'elles

life. Those supporting her position recognize the importance of preserving the essential dignity of human life, which includes the right of Sue Rodriguez to die with dignity.

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has granted the constitutional right to Canadians to life, liberty and the security of the person. It is a provision which emphasizes the innate dignity of human existence. This Court in considering s. 7 of the *Charter* has frequently recognized the importance of human dignity in our society. See, for example, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512, and *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, per Wilson J.

The life of an individual must include dying. Dying is the final act in the drama of life. If, as I believe, dying is an integral part of living, then as a part of life it is entitled to the constitutional protection provided by s. 7. It follows that the right to die with dignity should be as well protected as is any other aspect of the right to life. State prohibitions that would force a dreadful, painful death on a rational but incapacitated terminally ill patient are an affront to human dignity.

In this regard it was conceded by those opposing this application that it was open to a patient of sound mind to refuse treatment even though that refusal would inevitably result in death. It follows that it is the right of those who are sound in mind to choose death with dignity rather than accepting life preserving treatment. The right of a patient to refuse treatment arising from the common law concept of bodily integrity was recently recognized by this Court in *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119.

I can see no difference between permitting a patient of sound mind to choose death with dignity by refusing treatment and permitting a patient of sound mind who is terminally ill to choose death with dignity by terminating life preserving treatment, even if, because of incapacity, that step has

aident la société à protéger la vie humaine. Ceux qui défendent sa position reconnaissent l'importance de protéger la dignité essentielle de la vie humaine, laquelle inclut, pour Sue Rodriguez, le droit de mourir avec dignité.

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a reconnu aux Canadiens le droit constitutionnel à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. C'est une disposition qui met l'accent sur la dignité inhérente à l'existence humaine. Notre Cour, à l'occasion de l'étude de l'art. 7 de la *Charte*, a fréquemment reconnu l'importance de la dignité humaine dans notre société. Voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512, et *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson, à la p. 166.

La vie d'une personne doit inclure sa mort. La mort est l'acte final du théâtre de la vie. Si, comme je le crois, la mort fait partie intégrante de la vie, alors la mort comme étape de la vie a droit à la protection constitutionnelle prévue par l'art. 7. Il s'ensuit que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie. Des interdictions édictées par l'État, qui imposeraient une mort atroce et douloureuse à un malade en phase terminale, handicapé et lucide, constitueraient une insulte à la dignité humaine.

À ce sujet, ceux qui s'opposent à la requête ont admis qu'un malade sain d'esprit peut refuser un traitement même si ce refus doit entraîner inévitablement la mort. Par conséquent, le droit existe pour les personnes saines d'esprit de choisir de mourir avec dignité plutôt que d'accepter un traitement qui prolongera leur vie. Le droit d'un malade de refuser un traitement, découlant du concept en common law de l'intégrité de la personne, a été récemment admis par notre Cour dans l'arrêt *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.

Je ne vois aucune différence entre le fait de permettre à un malade sain d'esprit de choisir de mourir avec dignité en refusant un traitement et le fait de permettre à un malade sain d'esprit mais physiquement en phase terminale de choisir de mourir avec dignité en arrêtant le traitement qui lui permet

to be physically taken by another on her instructions. Nor can I see any reason for failing to extend that same permission so that a terminally ill patient facing death may put an end to her life through the intermediary of another, as suggested by Sue Rodriguez. The right to choose death is open to patients who are not physically handicapped. There is no reason for denying that choice to those that are. This choice for a terminally ill patient would be subject to conditions such as those suggested by the Chief Justice being in place and complied with by the applicant. With those conditions in place, s. 7 of the *Charter* can be applied to enable a court to grant the relief proposed by the Chief Justice. This will ensure that Sue Rodriguez, who has lived her life with such dignity and courage, may choose to end her life with that same courage and dignity.

As well, for the reasons so ably expressed by the Chief Justice, s. 15 can be applied to grant the same relief at least to handicapped terminally ill patients. It is significant that this Court when considering s. 15 of the *Charter* once again stressed the importance of respecting human life. See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171. I would therefore dispose of the appeal in the manner suggested by the Chief Justice.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Considine & Lawler, Victoria.*

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

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

de survivre, même si, du fait de son incapacité physique, cette mesure doit matériellement être prise par quelqu'un d'autre selon ses instructions. De même, je ne vois aucune raison de ne pas permettre aussi qu'un malade en phase terminale et sur le point de mourir puisse mettre fin à ses jours par l'intermédiaire de quelqu'un, comme l'a suggéré Sue Rodriguez. Le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés. Il n'existe aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont. Ce choix, pour un malade en phase terminale, serait assujéti à des conditions semblables à celles proposées par le Juge en chef et respectées par la requérante. Ces conditions étant fixées, l'art. 7 de la *Charte* peut être appliqué pour permettre à un tribunal d'accorder le redressement proposé par le Juge en chef. Cela garantira à Sue Rodriguez, qui a vécu sa vie avec tant de dignité et de courage, de choisir d'y mettre un terme avec la même dignité et le même courage.

De la même façon, pour les motifs si bien exprimés par le Juge en chef, l'art. 15 peut être invoqué pour accorder le même redressement au moins aux malades handicapés en phase terminale. Il est révélateur que notre Cour, dans l'examen de l'art. 15 de la *Charte*, a une fois de plus souligné l'importance du respect de la vie humaine. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellante: Considine & Lawler, Victoria.*

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

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

*Solicitor for the intervener British Columbia Coalition of People with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Dying with Dignity: Beard, Winter, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Right to Die Society of Canada: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Solicitors for the intervener COPOH: Anne M. Molloy and Janet L. Budgell, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Pro-Life Society of British Columbia and Pacific Physicians for Life Society: Davis & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners Canadian Conference of Catholic Bishops and Evangelical Fellowship of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener People in Equal Participation Inc.: Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenante British Columbia Coalition of People with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Dying with Dignity: Beard, Winter, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Right to Die Society of Canada: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante COPOH: Anne M. Molloy et Janet L. Budgell, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Pro-Life Society of British Columbia et Pacific Physicians for Life Society: Davis & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et Evangelical Fellowship of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante People in Equal Participation Inc.: Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Shane Leslie Price, a.k.a. Brown** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PRICE

File No.: 23049.

1993: October 5.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Court of Appeal properly admitting fresh evidence — Due diligence to be applied in light of other relevant factors.*

**Cases Cited**

**Applied:** *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 131 A.R. 54, 25 W.A.C. 54, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of robbery, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Jack Watson*, for the appellant.

*Marvin R. Bloos*, for the respondent.

*François B. Côté, Q.C.*, and *Louise Viau*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*S. Casey Hill*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Shane Leslie Price, alias Brown** *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. PRICE

N<sup>o</sup> du greffe: 23049.

1993: 5 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

*Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Nouvelle preuve admise à bon droit par la Cour d'appel — Diligence raisonnable applicable en fonction des autres facteurs pertinents.*

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués:** *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 131 A.R. 54, 25 W.A.C. 54, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcé contre lui relativement à une accusation de vol qualifié et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Jack Watson*, pour l'appelante.

*Marvin R. Bloos*, pour l'intimé.

*François B. Côté, c.r.*, et *Louise Viau*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*S. Casey Hill*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. Applying the principle set out in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, and *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, we agree with the conclusion of the Court of Appeal that the evidence should be admitted as fresh evidence and the conclusion to direct a new trial. While the exercise of due diligence is one of the significant factors, it is not applied strictly in criminal cases and must be applied in light of the other relevant factors. The amount of weight to be given to this factor depends on the strength of the other factors, in other words, on the totality of the circumstances.

Under these circumstances, the constitutional questions do not arise and we need not consider them.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.*

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Appliquant le principe énoncé dans les arrêts *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, et *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, nous acceptons la conclusion de la Cour d'appel qu'il y a lieu d'admettre la preuve à titre de nouvelle preuve, de même que la conclusion qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Même si la diligence raisonnable n'est qu'un des facteurs importants, elle ne s'applique pas strictement en matière criminelle et doit s'appliquer en fonction des autres facteurs pertinents. Le poids qu'il faut accorder à ce facteur dépend de la force des autres facteurs ou, en d'autres termes, de l'ensemble des circonstances.

Dans ces circonstances, les questions constitutionnelles ne se posent pas et nous n'avons pas à les examiner.

Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.*

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

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

**Jimmy Joseph Smith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 23304.

1993: October 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Theft — Conversion — Accused taking possession of goods after making down payment — Accused knowing cheque for down payment would be dishonoured — Whether person obtaining goods through fraudulent means liable to conviction for theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322.*

**Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 182, 59 O.A.C. 390, dismissing an appeal from conviction by Sheard Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

*Samuel Willoughby and Randall J. Hofley*, for the appellant.

*Roger A. Pinnock*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. We agree, substantially for the reasons of Finlayson J.A. in the Ontario Court of Appeal, that the appellant was properly convicted of theft under s. 322 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

**Jimmy Joseph Smith** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

<sup>b</sup> N° du greffe: 23304.

1993: 6 octobre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Vol — Détournement — Accusé ayant pris possession de biens après un versement initial — L'accusé savait que le chèque du versement initial ne serait pas accepté — La personne qui obtient des biens par des moyens frauduleux est-elle susceptible d'être reconnue coupable de vol — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322.*

**Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 77 C.C.C. (3d) 182, 59 O.A.C. 390, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Sheard de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

*Samuel Willoughby et Randall J. Hofley*, pour l'appelant.

<sup>h</sup> *Roger A. Pinnock*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE IACOBUCCI — Ce pourvoi est formé de plein droit devant notre Cour. Nous sommes d'accord, essentiellement pour les motifs du juge Finlayson de la Cour d'appel de l'Ontario, pour dire que c'est à bon droit que l'appelant a été reconnu coupable de vol en vertu de l'art. 322 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Accordingly, the appeal is dismissed.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.*

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

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



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Keith Gordon Profit** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PROFIT

File No.: 23313.

1993: October 7.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Character evidence — Weight to be given to evidence of good character of accused in sexual assault cases involving children — Trial judge entitled to find propensity value of character evidence as to morality diminished in such cases.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 98, 58 O.A.C. 226, 16 C.R. (4th) 332, allowing the accused's appeal from his conviction for indecent assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Carol A. Brewer*, for the appellant.

*Brian H. Greenspan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We agree with the conclusion of Griffiths J.A. in his dissenting reasons. When the reasons of the trial judge are considered as a whole, we are satisfied that he dealt with the character evidence tendered in this case adequately. The reasons of the trial judge must be viewed in light of the fact that as a matter of common sense, but not as a principle of law, a trial judge may take into account that in sexual assault cases involving children, sexual misconduct occurs in private and in most cases will not be reflected in the reputation in the community of the accused for morality. As a

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Keith Gordon Profit** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROFIT

<sup>b</sup> N° du greffe: 23313.

1993: 7 octobre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Preuve de moralité — Poids à accorder à la preuve de bonne moralité de l'accusé dans des affaires d'agressions sexuelles mettant en cause des enfants — Le juge du procès a le droit de conclure que la valeur de la preuve de moralité pour ce qui est de la propension est diminuée dans de tels cas.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 98, 58 O.A.C. 226, 16 C.R. (4th) 332, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour attentat à la pudeur et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Carol A. Brewer*, pour l'appelante.

<sup>f</sup> *Brian H. Greenspan*, pour l'intimé.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'accord avec la conclusion du juge Griffiths de la Cour d'appel dans ses motifs de dissidence. Lorsque nous examinons les motifs du juge du procès dans leur ensemble, nous sommes convaincus qu'il a traité adéquatement de la preuve de moralité présentée en l'espèce. Il faut considérer les motifs du juge du procès en tenant compte du fait que, par simple bon sens, mais non pas comme principe de droit, un juge du procès peut prendre en considération que, dans les affaires d'agression sexuelle mettant en cause des enfants, la mauvaise conduite

matter of weight, the trial judge is entitled to find that the propensity value of character evidence as to morality is diminished in such cases.

Accordingly, the appeal is allowed and the convictions restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

se produit en privé et, dans la plupart des cas, ne rejaillira pas sur la réputation morale de l'accusé dans la collectivité. Pour ce qui est du poids à accorder à la preuve, il est loisible au juge du procès de conclure que la valeur de la preuve de moralité pour ce qui est de la propension est alors diminuée.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

**Philip Joseph Côté** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CÔTÉ

File No.: 23067.

1993: October 7.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).***Statutes and Regulations Cited***Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1992), 128 N.B.R. (2d) 135, 322 A.P.R. 135, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed, Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting in part.

*Scott F. Fowler, for the appellant.**John A. Henheffer, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The Court, the Chief Justice and Madam Justice McLachlin dissenting, agrees with the majority below that this is a proper case for applying the proviso of s. 686(1)(b)(iii). The Chief Justice and McLachlin J., agreeing with Mr. Justice Angers' reasons, would, while also dismissing

**Philip Joseph Côté** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CÔTÉ

N° du greffe: 23067.

<sup>b</sup> 1993: 7 octobre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK<sup>d</sup> *Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).***Lois et règlements cités**<sup>e</sup> *Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1992), 128 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 135, 322 A.P.R. 135, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents en partie.

<sup>g</sup> *Scott F. Fowler, pour l'appellant.**John A. Henheffer, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La Cour, avec dissidence de la part du Juge en chef et du juge McLachlin, convient avec la Cour d'appel à la majorité qu'il s'agit d'un cas approprié pour appliquer la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii). Tout en rejetant eux aussi le pourvoi, le Juge en chef et le juge McLachlin, qui souscrivent aux motifs du juge Angers, inscriraient une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et renver-

the appeal, enter a conviction for manslaughter and remit the matter to the trial judge for sentencing.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Fowler & Fowler, Moncton.*

*Solicitor for the respondent: John A. Henheffer, Saint John.*

raient l'affaire au juge du procès pour qu'il prononce une sentence.

Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Fowler & Fowler, Moncton.*

*Procureur de l'intimée: John A. Henheffer, Saint John.*

**Robert Laurent Leduc** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEDUC

File No.: 23368.

1993: October 8.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Practice — Stay of proceedings — Abuse of process — Stay of proceedings for abuse of process to be granted only in clearest of cases and when a violation of fundamental principles of justice underlying community's sense of fair play and decency.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal, setting aside a stay of proceedings and remitting the matter for trial following a judgment of McWilliam J. staying the proceedings as an abuse of process. Appeal dismissed.

*Alan Gold*, for the appellant.

*Kenneth Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. The power to stay proceedings on the ground of abuse of process must only be exercised in the clearest of cases and when it is shown that the conduct complained of violated those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency. This is not one of those cases. Nor would compelling the accused to stand trial be oppressive or vexatious in this case. The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

**Robert Laurent Leduc** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEDUC

N<sup>o</sup> du greffe: 23368.

<sup>b</sup> 1993: 8 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Pratique — Arrêt des procédures — Abus de procédure — Un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ne doit être accordé que dans les cas les plus clairs et lorsqu'il y a violation des principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel, annulé un arrêt des procédures et renvoyé l'affaire à procès à la suite de la décision du juge McWilliam d'ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Pourvoi rejeté.

*Alan Gold*, pour l'appellant.

*Kenneth Campbell*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Le pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ne doit être exercé que dans les cas les plus clairs et lorsqu'il est démontré que la conduite reprochée a violé les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Tel n'est pas le cas ici. Il ne serait pas non plus oppressif ou vexatoire en l'espèce de forcer l'accusé à subir son procès. Le <sup>i</sup> pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst,  
Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst,  
Toronto.*

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

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

**J.G.B. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

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

File No.: 23320.

1993: October 8.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).***Cases Cited****Applied:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.**Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 58 O.A.C. 169, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by the Ontario Court (General Division). Appeal dismissed.

*Alan D. Gold*, for the appellant.*Ian R. Smith*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. Pursuant to the principles in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, there was no unreasonable delay in this case so as to justify the imposition of a stay under the provisions of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Applying the relevant factors, we are of the view that the delay**J.G.B. Appelant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (J.G.)

N° du greffe: 23320.

<sup>b</sup> 1993: 8 octobre.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).***Jurisprudence**<sup>e</sup> **Arrêts appliqués:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.**Lois et règlements cités***Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11b).<sup>f</sup> **POURVOI** contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 58 O.A.C. 169, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un arrêt des procédures ordonné par la Cour de l'Ontario (Division générale). Pourvoi rejeté.*Alan D. Gold*, pour l'appelant.*Ian R. Smith*, pour l'intimée.<sup>g</sup> **Version française** du jugement de la Cour rendu oralement par<sup>h</sup> **LE JUGE IACOBUCCI** — Ce pourvoi est formé de plein droit devant notre Cour. Selon les principes établis dans *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, il n'y a pas eu en l'espèce de délai déraisonnable au point de justifier l'imposition d'un arrêt des procédures en vertu de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si l'on applique les facteurs pertinents,

from the time of the charge to the date set for trial was not unreasonable.

Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ian R. Smith, Toronto.*

nous sommes d'avis que le délai intervenu du moment de l'accusation à la date fixée pour le procès n'était pas déraisonnable.

*a* En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*b* *Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Ian R. Smith, Toronto.*



**Graham Gaetz** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GAETZ

File No.: 23369.

1993: October 12.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Fraud — Accused charged with defrauding bank “of a sum of money exceeding \$1,000” — Whether Crown had to prove deprivation of sum exceeding \$1,000 to establish fraud.*

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1992), 117 N.S.R. (2d) 22, 324 A.P.R. 22, 77 C.C.C. (3d) 445, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of fraud. Appeal dismissed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting.

*Douglas A. Caldwell, Q.C., and Peter M. Rogers, for the appellant.*

*John C. Pearson, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — Justices La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin, in substantial agreement with Mr. Justice Chipman of the Court of Appeal, would dismiss the appeal. The Chief Justice, Justices L'Heureux-Dubé and Sopinka concurring, would render judgment as follows:

I am satisfied that the Crown has *prima facie* established that by deceit, that is the continuation of the payments, the appellant obtained an

**Graham Gaetz** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GAETZ

<sup>b</sup> N° du greffe: 23369.

1993: 12 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

*Droit criminel — Fraude — Accusé inculpé d'avoir frustré une banque «d'une somme d'argent supérieure à 1 000 \$» — Le ministère public devait-il prouver qu'il y a eu privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ pour établir l'existence d'une fraude?*

<sup>e</sup> POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1992), 117 N.S.R. (2d) 22, 324 A.P.R. 22, 77 C.C.C. (3d) 445, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de fraude. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents.

<sup>g</sup> *Douglas A. Caldwell, c.r., et Peter M. Rogers, pour l'appelant.*

*John C. Pearson, pour l'intimée.*

<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER — Les juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin, qui partagent, pour l'essentiel, l'opinion du juge Chipman de la Cour d'appel, rejetteraient le pourvoi. Le Juge en chef, à l'opinion duquel souscrivent les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka, rendrait le jugement suivant:

Je suis convaincu que le ministère public a fait la preuve *prima facie* que l'appelant a, par supercherie, c.-à-d. la continuation des paie-

extension of credit in excess of \$1,000. But that is not the way in which the indictment was framed.

The remaining question is whether the accused was misled in his defense. The onus to satisfy us of this is upon the Crown, who chose not to amend the indictment. I cannot say the Crown has.

Therefore, the Chief Justice and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. would allow the appeal and order a new trial on the amended indictment.

The appeal is dismissed, the Chief Justice and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Patterson Kitz, Truro, Nova Scotia.*

*Solicitor for the respondent: John C. Pearson, Halifax.*

ments, obtenu une hausse de crédit de plus de 1 000 \$. Mais telle n'est pas la façon dont l'acte d'accusation a été formulé.

Il reste à déterminer si l'accusé a été induit en erreur dans sa défense. L'obligation de nous en convaincre incombe au ministère public, qui a choisi de ne pas modifier l'acte d'accusation. Je ne puis dire qu'il l'a fait.

En conséquence, le Juge en chef et les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka accueilleraient le pourvoi et ordonneraient la tenue d'un nouveau procès selon l'acte d'accusation modifié.

Le pourvoi est rejeté, le Juge en chef et les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Patterson Kitz, Truro (Nouvelle-Écosse).*

*Procureur de l'intimée: John C. Pearson, Halifax.*

**Roger Cornelius Russell Yorke** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. YORKE

File No.: 23359.

1993: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Search and seizure — Customs and excise — Foreign cultural property seized — Act (Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 111) under which search effected constitutional and manner in which search conducted not unreasonable — Evidence admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

**Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1992), 115 N.S.R. (2d) 426, 77 C.C.C. (3d) 529, allowing an appeal from a judgment of Cacchione Co. Ct. J. (1992), 112 N.S.R. (2d) 426. Appeal dismissed, Iacobucci J. dissenting.

*Patrick J. Duncan*, for the appellant.*David M. Meadows*, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered orally by

LA FOREST J. — This is an appeal as of right.

We find no error in the reasons of the Court of Appeal. As to the additional point, the majority (La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin

**Roger Cornelius Russell Yorke** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. YORKE

N° du greffe: 23359.

1993: 15 octobre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

<sup>d</sup> *Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Douanes et accise — Saisie de biens culturels étrangers — Constitutionnalité de la loi (Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 111) en vertu de laquelle la perquisition a été effectuée et caractère raisonnable de la manière dont cette perquisition a été effectuée — Preuve admissible — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

**Lois et règlements cités***Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1992), 115 N.S.R. (2d) 426, 77 C.C.C. (3d) 529, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Cacchione de la Cour de comté (1992), 112 N.S.R. (2d) 426. Pourvoi rejeté, le juge Iacobucci est dissident.

*Patrick J. Duncan*, pour l'appellant.<sup>h</sup> *David M. Meadows*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi est formé de plein droit.

<sup>j</sup> Nous sommes d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans les motifs de la Cour d'appel. Quant au point additionnel, la Cour à la majorité (les juges

JJ.) is of the view that, on the whole, the search and the manner in which it was conducted were not unreasonable. Iacobucci J., dissenting, agrees with the conclusion of the trial judge that the manner in which the search was conducted was unreasonable and that, applying the factors relevant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the evidence should be excluded.

The appeal is accordingly dismissed, Iacobucci J. dissenting.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Lambert & Duncan, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Halifax.*

La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin) estime que, dans l'ensemble, la perquisition et la manière dont elle a été effectuée n'étaient pas abusives. Le juge Iacobucci, dissident, souscrit à la conclusion du juge du procès que la manière dont la perquisition a été effectuée était abusive et qu'en appliquant les facteurs pertinents quant au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il y a lieu d'exclure la preuve.

Le pourvoi est donc rejeté, le juge Iacobucci étant dissident.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Lambert & Duncan, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Halifax.*

**Roberto Ambrosio San Vicente**  
Freitas *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RUIZ

File No.: 23396.

1993: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW  
BRUNSWICK

*Criminal law — Evidence — Trial judge appearing to  
draw adverse inference from accused's failure to call  
witnesses — Crown proving its case — Conviction  
upheld.*

APPEAL from a judgment of the New Brun-  
swick Court of Appeal (1991), 68 C.C.C. (3d) 500,  
10 C.R. (4th) 34, dismissing the accused's appeal  
from his conviction on a charge of conspiracy to  
commit prison breach. Appeal dismissed.

*Lisa A. Silver*, for the appellant.

*Graham J. Sleeth, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

LA FOREST J. — Notwithstanding the able argu-  
ment of counsel for the appellant, we are all of the  
view that the trial judge's conclusions as to guilt  
operate independently of his discussion of the  
adverse inference. The trial judge makes it abun-  
dantly clear that the Crown has proved its case and  
that the story proffered by the defendant is com-  
pletely unbelievable. The discussion of the adverse  
inference is, in essence, made as an afterthought. It  
is, therefore, not necessary to deal with the issue of

**Roberto Ambrosio San Vicente**  
Freitas *Appellant*

a c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. RUIZ

N° du greffe: 23396.

1993: 15 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Droit criminel — Preuve — Juge du procès semblant  
tirer une inférence défavorable du fait que l'accusé n'a  
fait témoigner personne — Ministère public ayant  
prouvé ses prétentions — Déclaration de culpabilité  
maintenue.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du  
Nouveau-Brunswick (1991), 68 C.C.C. (3d) 500,  
10 C.R. (4th) 34, qui a rejeté l'appel interjeté par  
l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rela-  
tive à une accusation de complot en vue de com-  
mettre un bris de prison. Pourvoi rejeté.

*Lisa A. Silver*, pour l'appellant.

*Graham J. Sleeth, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE LA FOREST — Malgré la savante argu-  
mentation de l'avocat de l'appellant, nous sommes  
tous d'avis que les conclusions du juge du procès  
quant à la culpabilité sont tirées de façon indépen-  
dante de son analyse de l'inférence défavorable.  
Selon le juge du procès, il est tout à fait clair que le  
ministère public a prouvé ses prétentions et que  
l'histoire présentée par le défendeur est tout à fait  
invraisemblable. L'analyse sur l'inférence défavo-  
rable est, pour l'essentiel, faite après coup. Il n'est

drawing an adverse inference from the failure to call evidence.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: William J. Corby and Graham J. Sleeth, Fredericton.*

donc pas nécessaire de traiter de la question d'une inférence défavorable pouvant être tirée du fait de ne pas avoir présenté une preuve.

*a* Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*b* *Procureurs de l'appelant: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: William J. Corby et Graham J. Sleeth, Fredericton.*

**National Party of Canada, Mel Hurtig and Mel Hurtig on behalf of the members of the National Party of Canada** *Applicants*

v.

**Canadian Broadcasting Corporation** *Respondent*

INDEXED AS: NATIONAL PARTY OF CANADA v. CANADIAN BROADCASTING CORP.

File No.: 23726.

1993: October 4.

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

MOTION FOR AN ORDER ABRIDGING TIME

*Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Notice abridged only in most extraordinary situations — Order abridging time refused.*

MOTION for an order abridging time for hearing application for leave to appeal. Motion denied.

*T. W. Wakeling and G. D. Chipeur*, for the applicants.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Larry M. Huculak*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — Notwithstanding your best efforts, I am afraid we are unable to accede to your request. It is only in the most extraordinary situations, such as issues of life and death, that we have abridged notice which this Court and responding and intervening litigants require to dispense justice adequately. This is not such a case.

**Parti national du Canada, Mel Hurtig et Mel Hurtig au nom des membres du Parti national du Canada** *Requérants*

a

c.

**Société Radio-Canada** *Intimée*

b

RÉPERTORIÉ: PARTI NATIONAL DU CANADA c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

N° du greffe: 23726.

c

1993: 4 octobre.

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

d

REQUÊTE EN VUE D'ABRÉGER LE DÉLAI

*Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement du délai — Avis abrégé seulement dans les circonstances les plus exceptionnelles — Ordonnance abrégant le délai refusée.*

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance abrégant le délai dans lequel la demande d'autorisation d'appel doit être entendue. Requête refusée.

*T. W. Wakeling et G. D. Chipeur*, pour les requérants.

g

*Graham Garton, c.r.*, et *Larry M. Huculak*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Malgré tous les efforts que vous avez déployés, je crains que nous ne puissions accéder à votre demande. Ce n'est que dans les cas les plus exceptionnels, comme les questions de vie ou de mort, que nous avons abrégé le délai d'avis dont notre Cour et les intimés et les intervenants doivent disposer pour que justice soit rendue de façon adéquate. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un tel cas.

i

j

The application for an order abridging the time within which these applications may be heard is denied.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the applicants: Milner Fenerty, Edmonton.*

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

La demande d'ordonnance en vue d'abrégier le délai dans lequel ces demandes peuvent être entendues est rejetée.

*a Jugement en conséquence.*

*Procureurs des requérants: Milner Fenerty, Edmonton.*

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



**Clive Douglas Evans** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EVANS

File No.: 22592.

1993: March 24; 1993: October 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Evidence — Admissibility — Hearsay — Admissions — Purchaser of getaway car used in robbery making certain statements to vendors — Statements indicating that purchaser was the accused — Whether statements hearsay — If so, whether statements admissible as admissions of the accused — Appropriate procedure to be followed in determining whether statements were made by accused — Whether trial judge erred in use of statements — If so, whether error resulted in substantial miscarriage of justice.*

The appellant and a co-accused were charged with robbery and attempted murder. Two armed men had robbed Brink's security guards as they were making a collection from a store in a mall, seriously wounding one of them. Witnesses were able to identify one of the robbers as the co-accused. The other robber was not identified. Outside the store, the robbers were pursued by another Brink's guard, and then got into a waiting car, which was driven by a third person. The getaway car had been purchased two days earlier from a married couple. A man who matched the appellant's physical and facial description had made two visits to their house before actually purchasing the car. The purchaser refused to give his name or complete a bill of sale and asked to borrow the couple's licence plate. Neither the husband nor the wife was able to make a positive photographic or dock identification. At trial the husband said that the appellant looked familiar, while his wife said he looked "vaguely familiar". Both testified that the man who bought the car told them that he worked in chain-link fencing. The wife testified that the man said he had big dogs. The husband testified that the man said his dog was going to have pups. The admissibility of these statements of the purchaser is in question in this appeal.

**Clive Douglas Evans** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. EVANS

N° du greffe: 22592.

<sup>b</sup>

1993: 24 mars; 1993: 21 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

<sup>c</sup>

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

*Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Aveux — L'acheteur de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait fait certaines déclarations aux vendeurs — Déclarations indiquant que l'acheteur était l'accusé — Ces déclarations sont-elles du ouï-dire? — Dans l'affirmative, ces déclarations sont-elles admissibles comme aveux de l'accusé? — Procédure à suivre pour déterminer si des déclarations ont été faites par l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en utilisant les déclarations? — Dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné une erreur judiciaire grave?*

L'appellant et son coaccusé ont été inculpés pour vol qualifié et tentative de meurtre. Deux hommes armés ont volé à des agents de sécurité de la Brink's l'argent dont ils avaient pris livraison dans un magasin situé dans un centre commercial et ont gravement blessé un des agents. Des témoins ont reconnu le coaccusé comme l'un des voleurs. L'autre voleur n'a pas été identifié. À l'extérieur du magasin, un autre agent de la Brink's a poursuivi les voleurs. Ceux-ci sont montés à bord d'une automobile stationnée, qui était conduite par une troisième personne. L'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait été achetée deux jours plus tôt à un couple marié. Un homme correspondant au signalement de l'appellant s'était rendu à deux reprises au domicile du couple avant d'acheter l'automobile. L'acheteur a refusé de donner son nom et de signer un contrat de vente, et a demandé d'emprunter la plaque d'immatriculation. L'époux et l'épouse ont tous deux été incapables d'identifier formellement l'accusé sur une photographie ou au banc des accusés. Au procès, le mari a déclaré qu'il lui semblait avoir déjà vu l'appellant et son épouse a affirmé qu'il lui semblait «vaguement avoir déjà vu» l'appellant. Les deux ont déclaré dans leurs témoignages que l'homme qui avait acheté l'automobile leur avait dit

Subsequent evidence showed that the appellant had a large dog that was going to have pups and that he had been employed as a chain-link fencer. The appellant's townhouse was searched. It had been used as a hideout by the appellant, the co-accused and a third man. A city map was found on which there was traced a route from the mall to the point where the car was found abandoned. The trial judge found that it would be unsafe to find that the appellant had purchased the car on the basis of the identification evidence alone, but when all the circumstantial evidence was added, he was convinced beyond a reasonable doubt that the appellant was the purchaser of the car. He convicted the appellant as a party to the offences. The Court of Appeal upheld the convictions.

*Held* (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The issue in this appeal concerns the admissibility of the purchaser's hearsay statements as an admission of the accused. An out-of-court statement which is admitted for the truth of its contents is hearsay and is generally not admissible. Likewise, the statements of the purchaser in this case cannot be used as admissions (i.e. as admissions for the truth of their contents) unless they are admissible under an exception to the hearsay rule.

However, quite apart from the truth of their contents, the statements at issue here also have some probative value on the question of identity. The fact that certain representations are made is probative as it narrows the identity of the declarant to the group of people who are in a position to make similar representations. The more unique or unusual the representations, the more probative they will be on the issue of identity. The admission of this kind of evidence is not hearsay because the only issue is whether the statement was made, and the veracity, perception and memory of the witness relating the statement can be fully tested by cross-examination.

The admissibility of admissions rests on the theory of the adversary system, namely that a party can hardly

qu'il s'occupait d'installation de clôtures. Selon l'épouse, l'homme avait ajouté qu'il possédait des chiens de grande taille. L'époux a déclaré que l'individu avait dit que sa chienne allait avoir des chiots. C'est l'admissibilité de ces déclarations de l'acheteur qui est en cause en l'espèce. La preuve ultérieure a démontré que l'appellant possédait une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots et qu'il était installateur de clôtures. La maison de l'appellant a été fouillée. Elle avait servi de cachette à l'appellant, au coaccusé et au troisième homme. Une carte de la ville a été trouvée sur laquelle était tracé le trajet du centre commercial jusqu'à l'endroit où l'on a découvert l'automobile abandonnée. Le juge du procès a jugé qu'il serait imprudent de conclure, en se fondant uniquement sur la preuve d'identification, que c'était l'appellant qui avait acheté l'automobile mais qu'en y ajoutant l'ensemble de la preuve circonstancielle, il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant était l'acheteur de l'automobile. Il a reconnu l'appellant coupable à titre de participant aux infractions. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

*Arrêt* (les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le pourvoi porte sur la question de l'admissibilité des déclarations relatives de l'acheteur comme aveux de l'accusé. Une déclaration extrajudiciaire qui est admise pour la véracité de son contenu est une preuve par oui-dire et, en règle générale, n'est pas recevable. Les déclarations faites par l'acheteur en l'espèce ne peuvent être utilisées comme aveux (c.-à-d. admission de la véracité de leur contenu) que si elles sont admissibles en vertu d'une exception à la règle du oui-dire.

Toutefois, en dehors de la véracité de leur contenu, les déclarations en cause ont une certaine valeur probante pour la question de l'identité. Le fait que certaines déclarations sont faites est probant, car cela restreint l'identité de leur auteur au groupe de personnes qui peuvent faire des déclarations analogues. Plus les déclarations sont inhabituelles ou exceptionnelles, plus elles ont une valeur probante quant à l'identité. La preuve ainsi admise n'est pas une preuve par oui-dire parce qu'il s'agit uniquement de déterminer si la déclaration a été faite et qu'il est possible, grâce à un contre-interrogatoire, de vérifier la sincérité, la perception et les souvenirs du témoin rapportant la déclaration.

L'admissibilité des aveux repose sur la théorie du système contradictoire selon laquelle une partie peut dif-

object that he had no opportunity to cross-examine himself or that he is unworthy of credence except when speaking under sanction of oath. In determining admissibility, the general rule is that preliminary questions which are a condition of admissibility are for the trial judge in his or her capacity as the judge of the law rather than as the trier of fact. If factual questions must be resolved, a *voir dire* may be required. The applicable standard of proof in both civil and criminal cases for determining such preliminary matters is the balance of probabilities.

A preliminary issue as to the authenticity of a statement which is sought to be attributed to a party may also arise and may relate to whether the statement was actually made or whether it was made by the party against whom it is tendered. This preliminary determination that the statements were those of the accused, or that the accused was in a position to make the statement, is required before the statements can be accepted as evidence of their truth. As in questions of admissibility, the appropriate standard for determining a preliminary question of fact as to authenticity is proof on a balance of probabilities. The standard is the same in the two cases regardless of the fact that the preliminary determination is shifted to the fact-finding stage of the trial.

In light of this approach regarding the authenticity of admissions, if there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt. In the second stage the contents are evidence of the truth of the assertions contained therein.

In this case there was evidence that it was the appellant who made the statements to the vendors of the getaway car. The trial judge should have considered whether this evidence proved on a balance of probabilities that the statements were in fact made by the appellant. The trial judge did not address this question in two stages but considered the statements along with other evidence in concluding that the Crown had proved the charges beyond a reasonable doubt. In view of the strength of the whole of the evidence, the difference in the relative probative value of the statements assuming

facilement faire valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de se contre-interroger ou qu'elle n'est pas digne de foi sauf lorsqu'elle s'exprime sous serment. Pour déterminer l'admissibilité, la règle générale est que les questions préliminaires qui conditionnent l'admissibilité sont du ressort du juge du procès en sa capacité de juge du droit plutôt que de juge des faits. Il peut être nécessaire de tenir un *voir-dire* pour trancher des questions de fait. La norme de preuve applicable tant en matière civile que pénale pour décider de ces questions préliminaires est la prépondérance des probabilités.

Une question préliminaire relative à l'authenticité d'une déclaration que l'on cherche à attribuer à une partie peut se poser et être liée à la question de savoir si la déclaration a réellement été faite ou si elle a été faite par la partie contre laquelle elle est avancée en preuve. Avant d'accepter les déclarations comme preuve de leur véracité, il faut d'abord déterminer que les déclarations sont celles de l'accusé ou que l'accusé a eu la possibilité de les faire. Comme pour les questions d'admissibilité, la norme appropriée applicable à la détermination d'une question de fait préliminaire sur l'authenticité est une preuve selon la prépondérance des probabilités. La norme est la même dans les deux cas même si la résolution de la question préliminaire est reportée à l'étape de la recherche des faits lors du procès.

Compte tenu de cette façon d'aborder l'authenticité des aveux, si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l'objet d'un examen en deux temps. Tout d'abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l'accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l'accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite, le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Dans le deuxième temps, le contenu de la déclaration fait preuve de la véracité des affirmations que contient la déclaration.

En l'espèce, certaines preuves indiquaient que c'était l'appelant qui avait fait les déclarations en cause aux vendeurs de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs. Le juge du procès aurait dû examiner si ces preuves démontraient, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations avaient effectivement été faites par l'appelant. Le juge du procès n'a pas analysé cette question en deux temps, mais il a examiné les déclarations avec d'autres éléments de preuve pour conclure que le ministère public avait prouvé les accusations hors de tout doute raisonnable. Vu la force de l'en-

their truth, compared with their probative value on the more limited basis, was so slight that no miscarriage of justice was occasioned by the trial judge's error.

*Per* McLachlin and Major JJ. (dissenting): The information said to identify the appellant as the person who bought the getaway vehicle in this case was not information which only the perpetrator of the offence or a small group of people could have known, but was information which could have been obtained by anyone who had cared to observe or inquire into the appellant's affairs. The inference of identity is merely one of several plausible inferences which may be drawn from the statements, which are accordingly inadmissible. The trial judge relied heavily on the inadmissible statements in concluding that the appellant was the person who had bought the getaway vehicle. The other evidence identifying him as the guilty person is not so clear that it can safely be said that the trial judge's erroneous reliance did not result in a miscarriage of justice.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Followed:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; **referred to:** *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Reburn* (1980), 55 C.C.C. (2d) 419; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(2).

### Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. Edited by John William Strong. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 12 W.C.B. (2d) 239, upholding

semble de la preuve, la valeur probante relative des déclarations, si on présume leur véracité, est si faible lorsqu'on la compare à leur valeur probante pour un usage plus limité qu'aucune erreur judiciaire grave n'a résulté de l'erreur du juge du procès.

*Les juges* McLachlin et Major (dissidents): Les renseignements qui identifieraient l'appelant comme la personne qui a acheté le véhicule ayant servi à la fuite en l'espèce n'étaient pas des renseignements que seul l'auteur de l'infraction ou un petit groupe de personnes étaient susceptibles de connaître, mais des renseignements qui auraient pu être obtenus par quiconque aurait pris soin d'observer les affaires de l'appelant ou de se renseigner. La déduction de l'identité est simplement une déduction parmi plusieurs déductions plausibles qui peuvent être faites à partir des déclarations qui sont en conséquence inadmissibles. Le juge du procès s'est fortement appuyé sur les déclarations inadmissibles pour conclure que l'appelant était la personne qui avait acheté le véhicule ayant servi à la fuite. Les autres éléments de preuve qui identifient l'appelant en tant que coupable ne sont pas suffisamment clairs pour dire avec certitude que le fait que le juge du procès se soit fondé de façon erronée sur une déclaration n'a pas entraîné une erreur judiciaire.

### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt suivi:** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; **arrêts mentionnés:** *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Reburn* (1980), 55 C.C.C. (2d) 419; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2).

### i Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. Edited by John William Strong. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 12 W.C.B. (2d) 239, qui a con-

the accused's conviction on charges of robbery and attempted murder. Appeal dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

*John A. Legge*, for the appellant.

*Peter Martin, Q.C.*, for the respondent.

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

SOPINKA J. — This appeal concerns the admissibility of certain statements introduced by the Crown in the appellant's trial on charges of robbery and attempted murder. The issues raised include whether the statements are hearsay, and if so, whether they are admissible as admissions, and the appropriate procedure for determining their admissibility.

### I. The Facts

In a trial before judge alone, the appellant and his co-accused, Jean Guy Dipietro, were convicted of robbery and attempted murder on the basis of the following facts. On December 1, 1986 two armed men robbed Brink's security personnel as they were making a collection from a Calgary department store, located in a mall. The robbers shot at the guards, seriously wounding one of them. Witnesses were able to identify one of the robbers as Dipietro. The other robber was not identified.

Outside the store, the robbers were pursued by another Brink's guard. The robbers got into a waiting car, which already had its engine running. Neither robber got into the driver's seat. The trial judge accepted the opinion of witnesses that a third person was driving the car, a 1974 Plymouth Fury III.

firmé la déclaration de culpabilité de vol qualifié et de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

*John A. Legge*, pour l'appellant.

*Peter Martin, c.r.*, pour l'intimée.

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

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne l'admissibilité de certaines déclarations présentées en preuve par le ministère public au procès de l'appellant qui avait été accusé de vol qualifié et de tentative de meurtre. Il s'agit notamment de déterminer si les déclarations constituent du ouï-dire et, dans l'affirmative, si elles sont admissibles à titre d'aveux, et de préciser quelle est la procédure appropriée pour déterminer leur admissibilité.

### I. Les faits

À leur procès devant un juge seul, l'appelant et son coaccusé, Jean Guy Dipietro, ont été reconnus coupables de vol qualifié et de tentative de meurtre par suite des faits suivants. Le 1<sup>er</sup> décembre 1986, deux hommes armés ont volé à des agents de sécurité de la Brink's l'argent dont ils avaient pris livraison dans un grand magasin de Calgary, situé dans un centre commercial. Les voleurs ont fait feu sur les gardiens, blessant gravement l'un d'eux. Des témoins ont reconnu Dipietro comme l'un des voleurs. L'autre voleur n'a pas été identifié.

À l'extérieur du magasin, un autre agent de la Brink's a poursuivi les voleurs. Ceux-ci sont montés à bord d'une automobile stationnée dont le moteur était en marche. Aucun des voleurs ne s'est installé à la place du conducteur. Le juge du procès a retenu l'opinion de témoins selon lesquels une troisième personne conduisait l'automobile de marque Plymouth Fury III 1974.

The getaway car had been purchased two days earlier from Mr. and Mrs. Boutet. A man who matched the appellant's physical and facial description came to the Boutet house to buy the car, making two visits before he actually purchased it for \$400 cash. The man stated that he just wanted the car for its motor which he would use in his truck, and that the car would not be driven. The purchaser asked to borrow the Boutets' licence plate, saying that he would return it. He also refused to give his name and declined to complete a bill of sale.

Neither Mr. nor Mrs. Boutet was able to make a positive photographic identification or a positive dock identification. At trial, Mr. Boutet's testimony about the purchaser of the car was that the appellant looked familiar. Mrs. Boutet testified that the appellant looked "vaguely familiar".

Both Mr. and Mrs. Boutet testified that the man who bought the car told them that he worked in chain-link fencing. Mrs. Boutet testified that the man said he had big dogs. Mr. Boutet also testified that the man said his dog was going to have pups. Subsequent evidence showed that the accused, Evans, had a large dog and that it was going to have pups and that Evans had been employed as a chain-link fencer. The admissibility of these statements (hereinafter referred to as "the statements") to Mr. and Mrs. Boutet is in question in this appeal.

The appellant's townhouse was searched. It had been used as a hideout by the appellant, Dipietro and one Oresto Panacui. Dipietro and Panacui had escaped from the Calgary Remand Centre a few months earlier. A city map was found on the kitchen table. On the map there was traced a route from the mall to the point where the car was found abandoned.

L'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait été achetée deux jours plus tôt à M. et M<sup>me</sup> Boutet. Un homme correspondant au signalement de l'appellant s'était rendu à deux reprises au domicile des Boutet avant d'acheter l'automobile 400 \$ comptant. L'homme a déclaré qu'il voulait seulement le moteur de la voiture pour son camion et qu'il n'utiliserait pas celle-ci. Il a demandé aux Boutet de lui prêter leur plaque d'immatriculation, déclarant qu'il la leur rendrait. Il a également refusé de donner son nom et de signer un contrat de vente.

Monsieur et Madame Boutet ont tous les deux été incapables d'identifier formellement l'accusé sur une photographie ou au banc des accusés. Interrogé lors du procès au sujet de l'acheteur de l'automobile, M. Boutet a déclaré qu'il lui semblait avoir déjà vu l'appellant. Madame Boutet a pour sa part affirmé qu'il lui semblait [TRADUCTION] «vaguement avoir déjà vu» l'appellant.

Monsieur et Madame Boutet ont tous les deux déclaré dans leurs témoignages que l'homme qui avait acheté l'automobile leur avait dit qu'il s'occupait d'installation de clôtures de grillage. Selon M<sup>me</sup> Boutet, l'homme avait ajouté qu'il possédait de grands chiens. Monsieur Boutet a déclaré aussi que l'individu avait dit que sa chienne allait avoir des chiots. La preuve ultérieure a montré que l'accusé Evans possédait une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots et, en outre, que Evans était installateur de clôtures. C'est l'admissibilité de ces déclarations faites à M. et M<sup>me</sup> Boutet (ci-après «les déclarations») qui est en cause dans le présent pourvoi.

La maison de l'appellant a été fouillée. Elle avait servi de cachette à l'appellant, à Dipietro et à un nommé Oresto Panacui. Dipietro et Panacui s'étaient évadés du centre de détention provisoire de Calgary quelques mois plus tôt. Une carte de la ville a été trouvée sur la table de la cuisine. On y avait tracé le trajet du centre commercial jusqu'à l'endroit où l'on a découvert l'automobile abandonnée.

## II. Judgments Below

### *Court of Queen's Bench*

The trial judge convicted Dipietro on the basis of eyewitness identification evidence at the scene of the crime.

The trial judge found that it would be unsafe to find that the appellant purchased the car on the basis of the identification evidence of Mr. and Mrs. Boutet alone. However, when all of the circumstantial evidence was added, the trial judge was convinced beyond a reasonable doubt that the appellant was the purchaser of the car.

The trial judge summarized this evidence as follows:

In addition, in the course of his conversation with Mr. and Mrs. Boutet, he revealed that he owned a big dog and more importantly, that the dog was going to have pups. Subsequent evidence showed that the accused Evans had a large dog and that it was going to have pups. The purchaser further revealed that he had been employed as a chain link fencer. The accused Evans had been employed as a chain link fencer. In addition, there was found in the townhouse, rented and occupied by the accused Evans, a map on which there was traced in pen a route leading from the southwest area of the Market Mall, where the robbery occurred, to Vienna Drive where the 1975 [*sic*] Fury III Plymouth automobile which was used as a getaway car in the robbery was found.

The residual weight of Mr. and Mrs. Boutet's photographic and dock identifications, their description of the man who purchased the car and the circumstantial evidence, taken as a whole, satisfy me beyond a reasonable doubt that the accused Evans was the person who purchased from Mr. Boutet the automobile that was used as the getaway car in the Brink's robbery and later abandoned.

Based on these facts, and the fact that the appellant provided the hide-out where the robbers stayed and planned the robbery, the trial judge convicted the appellant as a party under s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

## II. Les juridictions inférieures

### *Cour du Banc de la Reine*

Le juge du procès a reconnu Dipietro coupable sur la foi de l'identification faite par des témoins oculaires se trouvant sur les lieux du crime.

Il a jugé qu'il serait imprudent de conclure, en se fondant uniquement sur l'identification faite par M. et M<sup>me</sup> Boutet, que c'était l'appellant qui avait acheté l'automobile. Cependant, en y ajoutant l'ensemble de la preuve circonstancielle, il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait acheté l'automobile.

Le juge du procès a résumé la preuve de la manière suivante:

[TRADUCTION] De plus, lors de sa conversation avec M. et M<sup>me</sup> Boutet, il a indiqué qu'il possédait une chienne de grande taille et, ce qui est plus important, que celle-ci allait avoir des chiots. La preuve ultérieure a montré que l'accusé Evans possédait une grande chienne qui allait avoir des petits. L'acheteur a en outre révélé qu'il travaillait comme installateur de clôtures. C'était l'emploi de l'accusé Evans. Qui plus est, on a trouvé dans la maison en rangée louée et occupée par l'accusé Evans une carte sur laquelle on avait tracé au stylo un itinéraire allant de la zone sud-ouest du Market Mall, où a eu lieu le vol qualifié, jusqu'à Vienna Drive où l'on a découvert l'automobile de marque Plymouth Fury III 1975 [*sic*] qui avait servi à la fuite des voleurs.

La force probante résiduelle de l'identification par M. et M<sup>me</sup> Boutet de l'accusé sur une photographie et au banc des accusés, leur description de l'homme qui a acheté l'automobile et la preuve circonstancielle, prises ensemble, me convainquent hors de tout doute raisonnable que l'accusé Evans est la personne qui a acheté à M. Boutet l'automobile qui a servi à la fuite des voleurs lors du vol de la Brink's et qui a ensuite été abandonnée.

Compte tenu de ces faits et du fait que l'appellant a fourni aux voleurs l'endroit où ils se sont cachés et où ils ont organisé le vol qualifié, le juge du procès a reconnu l'appellant coupable à titre de participant à une infraction conformément au par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

*Court of Appeal of Alberta*

The appellant raised various grounds of appeal. One of them was that the trial judge erred in law in relying upon the hearsay statements made by the purchaser of the car as proof that the appellant was the purchaser.

The Court of Appeal rejected this ground of appeal. From the reasons, it is not clear whether the court held that the statements were not hearsay, or that they were hearsay but nonetheless admissible. The court stated:

It is argued that the trial judge erred in relying upon what is termed inadmissible hearsay evidence of the conversation between Mr. Boutet and the purchaser as it relates to the large pregnant dog and the purchaser's occupation of having been an installer of link fencing to prove that Evans purchased the getaway car from Boutet. In the absence of any other evidence it would have been perhaps improper for the trial judge to have used this evidence as proof of the truth of the contents of the conversation. However there is more. The Crown was able to prove by independent testimony that Evans in fact had a large pregnant dog and also that Evans had been employed as an installer of chain link fencing. Independent evidence also showed that Evans had for some weeks prior to the robbery and for approximately one month after the robbery rented a three bedroom townhouse in which was found amongst other things a map of the City of Calgary clearly outlining the route from the place where the robbery occurred to the place where the getaway car was found. While Evans did not give his name to Mr. and Mrs. Boutet he nonetheless volunteered sufficiently particular information which when proven, not by the conversation he had with Boutet, but independently, went to establish the identity of the purchaser as Evans.

When all of the above mentioned evidence is considered together, as the trial judge did, and as he must, there is ample evidence to conclude that the appellant Evans had purchased the getaway vehicle in question.

The Court of Appeal rejected the appellant's other grounds of appeal, and upheld the convictions.

*Cour d'appel de l'Alberta*

L'appelant a invoqué divers moyens d'appel. Il a notamment fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur de droit en utilisant les déclarations relatées faites par l'acheteur de l'automobile comme preuve que l'appelant était l'acheteur.

La Cour d'appel a rejeté ce moyen d'appel. Les motifs de la cour n'indiquent pas clairement si elle a jugé que les déclarations ne constituaient pas du oui-dire ou qu'elles étaient du oui-dire mais néanmoins admissibles. La cour a dit:

[TRADUCTION] On fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en s'appuyant, pour prouver que Evans avait acheté aux Boutet l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs, sur ce que l'on a qualifié de preuve par oui-dire inadmissible relative à la conversation de M. Boutet et de l'acheteur au sujet de la chienne qui allait avoir des chiots et de l'emploi de l'acheteur comme installateur de clôtures. En l'absence de tout autre élément de preuve, le juge du procès aurait peut-être eu tort d'utiliser ce témoignage comme preuve de la véracité du contenu de la conversation. Toutefois, il y a plus. Le ministère public a pu démontrer, à l'aide de témoignages indépendants, que Evans possédait effectivement une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots et qu'il était installateur de clôtures. Des éléments de preuve indépendants indiquaient également que Evans avait loué, pour quelques semaines avant le vol qualifié et pour environ un mois après celui-ci, une maison en rangée de trois chambres à coucher où on a notamment trouvé une carte de la ville de Calgary sur laquelle on avait clairement tracé le trajet du lieu du vol jusqu'à l'endroit où on a découvert l'automobile ayant servi à la fuite. Bien que Evans n'ait pas donné son nom à M. et M<sup>me</sup> Boutet, il a néanmoins fourni volontairement assez de détails particuliers qui, une fois prouvés, non par la conversation qu'il a eue avec M. Boutet mais par d'autres éléments de preuve indépendants, ont permis d'établir que l'acheteur était Evans.

Lorsqu'on examine l'ensemble de la preuve mentionnée ci-dessus, comme l'a fait le juge et comme il se devait de le faire, on constate qu'elle permet de conclure que l'appelant Evans avait acheté le véhicule qui a servi à la fuite.

La Cour d'appel a rejeté les autres moyens d'appel invoqués par l'appelant et a confirmé les déclarations de culpabilité.



### III. Issues

While a number of issues were raised in the appellant's factum, the decision of this Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, intervened <sup>a</sup> between the date on which the factums were prepared and the oral argument. While the parties maintained their respective positions as to whether the impugned statements were or were not hearsay, <sup>b</sup> the principal submission of the appellant centered on the admissibility of the evidence as an admission of the accused. Although the Crown did not rely on *R. v. B. (K.G.)* to support the admissibility <sup>c</sup> of the statements because no evidence was adduced at trial to enable the principles in that case to be invoked, the appellant submitted as his main argument that, as a result of that case, the evidence being hearsay could only be admitted if on a *voir dire* <sup>d</sup> the trial judge as judge of the law found on a balance of probabilities that the statements were made by the accused. Inasmuch as this matter was not dealt with in the factums, supplementary written submissions on this point were invited by the Court and were duly received. As a result, the points which remain for decision are as follows: <sup>e</sup>

1. Are the statements hearsay?
2. If the statements are hearsay, are they admissible as admissions of the accused?
3. What is the appropriate procedure to be followed in determining whether the statements <sup>g</sup> were made by the accused?
4. Did the trial judge err in the use of the statements and, if so, did the error occasion a substantial miscarriage of justice? <sup>h</sup>

### IV. Analysis

#### 1. *Hearsay*

An out-of-court statement which is admitted for the truth of its contents is hearsay. An out-of-court statement offered simply as proof that the statement was made is not hearsay, and is admissible as <sup>j</sup>

### III. Les questions en litige

Alors que diverses questions ont été soulevées dans le mémoire de l'appelant, notre arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 a été rendu entre la date de production des mémoires et celle de l'argumentation orale. Bien que les parties aient maintenu leurs positions respectives quant à savoir si les déclarations contestées étaient du oui-dire, <sup>b</sup> le principal argument de l'appelant portait sur l'admissibilité de la preuve à titre d'aveu de l'accusé. Quoique le ministère public n'ait pas utilisé l'arrêt *B. (K.G.)* pour défendre l'admissibilité des déclarations <sup>c</sup> parce qu'aucun élément de preuve n'avait été produit au procès qui permette d'invoquer les principes examinés dans cette affaire, l'appelant a fait valoir principalement que, par suite de cet arrêt, la preuve étant du oui-dire ne pouvait être admise que si, lors d'un voir-dire, le juge du procès en sa qualité de juge du droit concluait, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations avaient été faites par l'accusé. Cette question n'ayant pas été abordée dans les mémoires, la Cour a invité les parties à produire des arguments écrits additionnels sur ce point, ce qu'elles ont fait. En conséquence, les points sur lesquels notre Cour doit se prononcer sont les suivants:

- <sup>f</sup> 1. Les déclarations sont-elles du oui-dire?
2. Dans l'affirmative, sont-elles admissibles à titre d'aveux de l'accusé?
3. Quelle est la procédure appropriée pour déterminer si les déclarations ont été faites par l'accusé? <sup>g</sup>
4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en utilisant les déclarations et, dans l'affirmative, cela a-t-il entraîné une erreur judiciaire grave? <sup>h</sup>

### IV. Analyse

#### 1. *Le oui-dire*

<sup>i</sup> Une déclaration extrajudiciaire qui est admise pour la véracité de son contenu est une preuve par oui-dire. Une déclaration extrajudiciaire présentée tout simplement pour prouver que la déclaration a été faite n'est pas une preuve par oui-dire et elle est admissible tant qu'elle a une certaine valeur <sup>j</sup>

long as it has some probative value. See *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at p. 593.

The respondent argued that the statements are not hearsay because the fact that the appellant owned a large pregnant dog and had worked as a chain-link fence installer had been independently proved. This argument was apparently accepted by the Court of Appeal. The appellant argued that the statements are hearsay because they had no probative value unless assumed to be true. Each of these submissions is slightly off the mark.

The ultimate value of these statements was to prove that the appellant and the purchaser of the getaway car were one and the same person. There was independent proof that the appellant worked as a fencer, and that he owned a large pregnant dog. If the purchaser could be proved to have a large pregnant dog and have worked as a fence installer, this would suggest that the appellant was the purchaser. However, there is no proof that the purchaser owned a dog or worked as a fencer unless the statements made to the Boutets are assumed to be true. The statements cannot be used for the truth of their contents unless they are admissible under an exception to the hearsay rule.

That being said, the statements still have some probative value as non-hearsay. Quite apart from the truth of the contents, the statements have some probative value on the issue of identity. On the issue of identity, the fact that certain representations are made is probative as it narrows the identity of the declarant to the group of people who are in a position to make similar representations. The more unique or unusual the representations, the more probative they will be on the issue of identity. I emphasize that the statements are not being used as truth of their contents at this stage.

For example, if a declarant stated: "I have a tattoo on my left buttock which measures 1 centime-

probante. Voir l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, à la p. 593.

L'intimée a soutenu que les déclarations ne sont pas du oui-dire parce que l'on a démontré à l'aide de preuves indépendantes que l'appelant possédait une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots et qu'il travaillait comme installateur de clôtures. La Cour d'appel a retenu, semble-t-il, cet argument. L'appelant a fait valoir que les déclarations sont du oui-dire parce qu'elles n'ont aucune valeur probante à moins que l'on ne présume qu'elles sont vraies. Aucun de ces arguments n'est tout à fait exact.

La valeur première de ces déclarations était de servir à prouver que l'appelant et l'acheteur de l'automobile ayant servi à la fuite étaient une seule et même personne. Des éléments de preuve indépendants ont démontré que l'appelant était installateur de clôtures et qu'il possédait une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots. Si l'on pouvait prouver que l'acheteur possédait un tel animal et qu'il occupait un tel emploi, cela autorisait à penser que l'appelant était l'acheteur. Toutefois, rien n'indique que l'acheteur possédait un chien ou qu'il était installateur de clôtures à moins que l'on ne présume que les déclarations qu'il a faites aux Boutet sont vraies. On ne peut pas utiliser les déclarations pour la véracité de leur contenu sauf si elles sont admissibles en vertu d'une exception à la règle du oui-dire.

Ceci étant dit, les déclarations ont néanmoins une certaine valeur probante en tant que preuves ne constituant pas du oui-dire. En dehors de la véracité de leur contenu, elles ont une certaine valeur probante pour la question de l'identité. En effet, le fait que certaines déclarations sont faites est probant, car cela restreint l'identité de leur auteur au groupe de personnes qui peuvent faire des déclarations analogues. Plus les déclarations sont inhabituelles ou exceptionnelles, plus elles ont une valeur probante quant à l'identité de leur auteur. Je souligne que les déclarations ne sont pas utilisées pour la véracité de leur contenu à ce stade.

Par exemple, si une personne déclare «J'ai sur la fesse gauche un tatouage de 1 centimètre par 1½

tre by 1½ centimetres and resembles a four-leaf clover” and it was proved that the accused had such a tattoo on his left buttock, the identity of the group to which the declarant belonged would be narrowed to include the accused as the most likely person, and his family or intimate friends, who would be in a position to know this fact. The statement has probative value without assuming the truth of the statement because the mere fact that it was made tells us something relevant about the declarant that connects him to the accused.

*R. v. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157, provides an illustration of a case in which statements were admitted on the basis that the mere fact that they were made was probative on the issue of the declarant’s identity. The accused killed his wife. The only issues were self-defence, accident and provocation. The Crown introduced evidence of a telephone call made to and received by a third party, as proof that the deceased was alive at the time of the call, but not as proof of the truth of the contents of the conversation. The identity of the deceased as the caller was therefore essential, but the witness was unable to swear to recognizing the deceased’s voice. However, the intimate details related by the caller provided some evidence that the caller was the deceased, as this detail narrowed the identity of the caller to those people who would be able to relate the information disclosed by the caller. This did not require an assumption that the information was true. “It was from the intimate detail of the conversation that the jury was asked to decide who participated in the call” (p. 160).

The point is summarized in *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at pp. 51-52: “authentication may be accomplished by circumstantial evidence pointing to X’s identity as the caller, such as if the communication received reveals that the speaker had knowledge of facts that only X would be likely to know.”

The admission of this kind of evidence is not hearsay because the only issue is whether the state-

centimètre qui ressemble à un trèfle à quatre feuilles», et qu’il est démontré que l’accusé a un tel tatouage sur la fesse gauche, le groupe auquel l’auteur de la déclaration appartient se limite à l’accusé — la personne la plus probable — ainsi qu’aux membres de sa famille ou à ses amis intimes susceptibles de connaître ce fait. Cette déclaration a une valeur probante sans qu’il soit nécessaire de présumer la véracité de son contenu, car pour le simple motif qu’elle a été faite, elle révèle au sujet de son auteur un élément pertinent qui établit un lien entre celui-ci et l’accusé.

L’arrêt *R. c. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157, illustre un cas où des déclarations avaient été admises parce que, pour le simple motif qu’elles avaient été faites, elles avaient une valeur probante pour la question de l’identité de leur auteur. L’accusé avait tué son épouse. Les seuls points soulevés étaient la légitime défense, l’accident et la provocation. Le ministère public a présenté en preuve un appel téléphonique fait à un tiers pour prouver que la défunte était encore en vie au moment de l’appel mais non pour établir la véracité du contenu de la conversation. Il était donc essentiel de démontrer que la défunte était l’interlocutrice, mais le témoin a été incapable de jurer qu’il reconnaissait la voix de la défunte. Toutefois, les détails intimes révélés par l’interlocutrice constituaient une certaine preuve que celle-ci était bien la défunte, car ils limitaient le choix des personnes qui pouvaient être l’interlocutrice à celles qui pouvaient rapporter les renseignements qu’elle avait divulgués. Il n’était pas nécessaire de présumer que les renseignements étaient exacts. [TRADUCTION] «C’est à partir des détails intimes de la conversation que le jury a été appelé à décider qui avait participé à l’appel» (p. 160).

Ce point a été résumé dans *McCormick on Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 2, aux pp. 51 et 52: [TRADUCTION] «l’authentification peut être réalisée à l’aide de preuves circonstancielles indiquant que X est l’interlocuteur, tel le cas où la communication reçue révèle que l’interlocuteur connaissait des faits que seul X était susceptible de connaître».

La preuve admise n’est pas une preuve par ouï-dire parce qu’il s’agit uniquement de déterminer si

ment was made, and the veracity, perception and memory of the witness relating the statement can be fully tested by cross-examination. Since the truth of the declarant's assertion is not in issue, deprivation of the right to cross-examine the declarant, on which rejection of hearsay is premised, is of no consequence.

## 2. Admissions

The rationale for admitting admissions has a different basis than other exceptions to the hearsay rule. Indeed, it is open to dispute whether the evidence is hearsay at all. The practical effect of this doctrinal distinction is that in lieu of seeking independent circumstantial guarantees of trustworthiness, it is sufficient that the evidence is tendered against a party. Its admissibility rests on the theory of the adversary system that what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements. As stated by Morgan, "[a] party can hardly object that he had no opportunity to cross-examine himself or that he is unworthy of credence save when speaking under sanction of an oath" (Morgan, "Basic Problems of Evidence" (1963), pp. 265-66, quoted in *McCormick on Evidence, supra*, at p. 140). The rule is the same for both criminal and civil cases subject to the special rules governing confessions which apply in criminal cases.

## 3. Procedure for Determining Admissibility

The general rule is that preliminary questions which are a condition of admissibility are for the trial judge in his or her capacity as the judge of the law rather than as the trier of fact. See *R. v. B. (K.G.)*, *supra*, at pp. 783-84. If factual questions must be resolved, a *voir dire* may be required. The applicable standard of proof in both civil and criminal cases is on a balance of probabilities: *R. v. B. (K.G.)*, at p. 800.

A different view has been taken with respect to an issue as to the authenticity of a statement, writ-

la déclaration a été faite et qu'il est possible, grâce à un contre-interrogatoire, de vérifier la sincérité, la perception et les souvenirs du témoin rapportant la déclaration. Étant donné que la véracité de l'affirmation du déclarant n'est pas en cause, l'absence du droit de le contre-interroger, qui justifie le rejet de la preuve par ouï-dire, n'a aucune incidence.

## b 2. Les aveux

L'admission des aveux ne repose pas sur les mêmes motifs que d'autres exceptions à la règle du ouï-dire. En fait, on peut se demander si la preuve constitue réellement du ouï-dire. L'effet pratique de cette distinction doctrinale est qu'au lieu de chercher des garanties circonstanciées indépendantes de fiabilité, il suffit de présenter la preuve contre une partie. L'admissibilité de cette preuve repose sur la théorie du système contradictoire voulant que les déclarations antérieures d'une partie peuvent être admises contre la partie qui ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations. Comme l'a dit Morgan, [TRADUCTION] «[u]ne partie peut difficilement faire valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de se contre-interroger ou qu'elle n'est pas digne de foi sauf lorsqu'elle s'exprime sous serment» (Morgan, «Basic Problems of Evidence» (1963), pp. 265 et 266, cité dans *McCormick on Evidence, op. cit.*, à la p. 140). La règle est la même en matière civile et en matière pénale sous réserve des règles particulières applicables aux confessions en matière pénale.

## 3. La procédure pour déterminer l'admissibilité

Suivant la règle générale, les questions préliminaires qui conditionnent l'admissibilité sont du ressort du juge du procès en sa capacité de juge du droit plutôt que de juge des faits. Voir l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, précité, aux pp. 783 et 784. Il peut être nécessaire de tenir un *voir-dire* lorsque des questions de fait doivent être tranchées. La norme de preuve applicable tant en matière civile que pénale est la prépondérance des probabilités: *R. c. B. (K.G.)*, à la p. 800.

Un point de vue différent a été adopté quant à l'authenticité d'une déclaration, écrite ou orale,

ten or oral, which is sought to be attributed to a party. Authenticity may relate to whether the statement was actually made or whether it was made by the party against whom it is tendered. In *McCormick on Evidence*, *supra*, at p. 54, the learned author states:

... authenticity is not to be classed as one of those preliminary questions of fact conditioning admissibility under technical evidentiary rules of competency or privilege. As to these latter, the trial judge will permit the adversary to introduce controverting proof on the preliminary issue in support of his objection, and the judge will decide this issue, without submission to the jury, as a basis for his ruling on admissibility. On the other hand, the authenticity of a writing or statement is not a question of the application of a technical rule of evidence. It goes to genuineness and conditional relevance, as the jury can readily understand. Thus, if a *prima facie* showing is made, the writing or statement comes in, and the ultimate question of authenticity is left for the jury.

This Court has taken the same approach with respect to the authenticity of statements alleged to have been made by the accused. In *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441, the accused was tried by judge alone and the Crown sought to introduce statements purportedly made by the accused to the police. A *voir dire* was held to determine whether the statements were free and voluntary. The trial judge ruled that [TRANSLATION] “[o]n the *voir dire*, the fact of whether or not the accused made a statement must not be taken into consideration. . .”. The trial judge admitted the statement, but acquitted the accused on the basis of a reasonable doubt about identity. Among other things, this reasonable doubt was based on the fact that at the *voir dire* the accused had denied making the statement, and the fact that the statement was not signed by the accused. The Quebec Court of Appeal dismissed the Crown’s appeal.

The majority of this Court allowed the Crown’s appeal. The main issue was whether the trial judge erred in considering the accused’s evidence, given at the *voir dire*, in determining whether the identity of the declarant had been proved beyond a reasonable doubt. Pigeon J. (for the majority) agreed

que l’on cherche à attribuer à une partie. L’authenticité peut concerner la question de savoir si la déclaration a été réellement faite ou si elle a été faite par la partie contre laquelle elle est avancée en preuve. Dans *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, à la p. 54, l’auteur dit:

[TRANSLATION] . . . l’authenticité ne doit pas être classée parmi ces questions de fait préliminaires qui font dépendre l’admissibilité de règles de forme relatives à la preuve de l’habilité à témoigner ou aux privilèges. Quant à ces dernières, le juge du procès permettra à la partie adverse de présenter une preuve contradictoire sur la question préliminaire au soutien de son objection et il tranchera cette question, sans la soumettre au jury, avant de rendre sa décision sur l’admissibilité. Par contre, l’authenticité d’un écrit ou d’une déclaration ne dépend pas de l’application d’une règle de forme relative à la présentation de la preuve. Elle concerne leur réalité et leur pertinence hypothétique, comme le jury peut facilement le comprendre. Ainsi, lorsqu’une preuve *prima facie* est faite, la déclaration ou l’écrit est admis et la décision finale sur leur authenticité est laissée au jury.

Notre Cour a adopté le même point de vue relativement à l’authenticité de déclarations qui auraient été faites par un accusé. Dans l’arrêt *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441, l’accusé a subi son procès devant un juge seul et le ministère public a cherché à présenter en preuve des déclarations que celui-ci aurait faites à la police. Un *voir-dire* a été tenu afin de déterminer si les déclarations étaient libres et volontaires. Le juge du procès a statué qu’«[a]u stade du «voir-dire», le fait de savoir si l’accusé a fait ou non une déclaration ne doit pas être pris en considération. . .» Le juge du procès a admis la déclaration, mais il a acquitté l’accusé en raison du doute raisonnable quant à l’identité du déclarant. Ce doute raisonnable découlait notamment du fait que, lors du *voir-dire*, l’accusé avait nié avoir fait la déclaration et que celle-ci n’était pas signée par l’accusé. La Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel formé par le ministère public.

Notre Cour à la majorité a accueilli le pourvoi formé par le ministère public. Il s’agissait principalement de déterminer si le juge du procès avait commis une erreur en prenant en considération le témoignage de l’accusé, fait lors du *voir-dire*, afin de déterminer si on avait prouvé l’identité du

that the question of whether or not a statement is made does not go to admissibility, but held that the evidence on the *voir dire* is not part of the trial evidence, and should not have been considered by the trial judge in reaching his ultimate conclusion. Pigeon J. stated (at p. 448):

It should first be noted that the Court of Appeal correctly held that, on the *voir dire*, the trial judge did not have to decide whether the statement that the prosecution sought to introduce in evidence had actually been made, and whether it was true. In a trial by jury, it is for the jury to answer such questions. Consequently, the judge who hears the evidence on the *voir dire* gives a final ruling only on the admissibility of the statement in question: *R. v. Mulligan* [(1955), 20 C.R. 269], (Ontario Court of Appeal). When there is no jury and the same judge has to rule on both the admissibility of the evidence and its probative value, he must necessarily withhold his conclusion on the second point until the end of the trial. In fact, with regard to the question as to whether the statement was actually made and whether it is true, the judge presiding over a *voir dire* in a trial by jury is required to decide only whether there is evidence to be submitted to the jury; it is not for him to weigh such evidence. There is no provision authorizing a judge sitting alone to do otherwise or to make a final ruling on these questions before hearing the entire case.

See also *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, and *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193.

In *R. v. Reburn* (1980), 55 C.C.C. (2d) 419 (Alta. C.A.), the accused was charged with murder and was tried by judge alone. A *voir dire* was held to determine the admissibility of a statement made by an unidentified man to a police officer in a telephone conversation. On the *voir dire*, the trial judge ruled that he would hear only the questions put to the caller by the police officer, and not the caller's responses to those questions. There was no direct evidence of who the caller was, and there were three people (besides the deceased) in the house when the call was made — two men and one woman. The voice identification evidence was inconclusive. The trial judge ruled that the statement was inadmissible because he was not satis-

déclarant hors de tout doute raisonnable. Le juge Pigeon (pour la majorité) a admis que la question de savoir si une déclaration a été faite ou non ne concerne pas son admissibilité, mais il a statué que le témoignage lors du voir-dire ne fait pas partie de la preuve au procès et que le juge du procès n'aurait pas dû la prendre en considération lorsqu'il a rendu sa décision finale. Le juge Pigeon a déclaré (à la p. 448):

Disons tout d'abord que c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que sur le «voir-dire», le juge du procès n'était pas appelé à décider si la déclaration que la poursuite voulait mettre en preuve avait réellement été faite et si elle était vraie. Dans un procès par jury, ces questions-là sont du ressort du jury. Par conséquent, le juge qui entend la preuve sur le «voir-dire» ne statue définitivement que sur l'admissibilité de la déclaration qui en fait l'objet: *R. v. Mulligan* [(1955), 20 C.R. 269], (Cour d'appel de l'Ontario). Quand il n'y a pas de jury et que le même juge est appelé à statuer tant sur l'admissibilité de la preuve que sur sa valeur probante, il doit nécessairement garder pour la fin la conclusion sur le second aspect. En effet, sur la question de savoir si la déclaration a vraiment été faite et si elle est vraie, le juge qui préside un «voir-dire» dans un procès par jury n'a pas à aller plus loin que de décider qu'il y a une preuve à soumettre au jury, il ne lui appartient pas d'en apprécier la valeur. Rien ne lui permet d'agir autrement lorsqu'il siège seul et de statuer définitivement sur ces questions avant d'avoir entendu toute la cause.

Voir également les arrêts *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, et *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193.

Dans l'arrêt *R. c. Reburn* (1980), 55 C.C.C. (2d) 419 (C.A. Alb.), le prévenu a été accusé de meurtre et a subi son procès devant un juge seul. Un voir-dire a été tenu afin de déterminer l'admissibilité d'une déclaration faite à un agent de police par un homme non identifié au cours d'une conversation téléphonique. Lors du voir-dire, le juge du procès a statué qu'il n'entendrait que les questions posées par l'agent de police à son interlocuteur et non les réponses de ce dernier à ces questions. Il n'y avait aucune preuve directe permettant d'établir l'identité de l'interlocuteur et (outre le défunt) trois personnes se trouvaient dans la maison au moment de l'appel, deux hommes et une femme. La preuve relative à l'identification de la voix n'a

fied beyond a reasonable doubt that the accused had been identified as the caller. The Alberta Court of Appeal held that *Gauthier* was the proper authority. McGillivray C.J.A. stated (at p. 425):

In my view, in this case the learned trial Judge, having *some* evidence identifying the accused with the statement, ought to have considered whether he was satisfied the statement was voluntary. If he was satisfied he would admit it in evidence. His consideration of the further point, whether he was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused made the statement, would come only at the end of the trial as part of his deliberations as the trier of fact. The consideration would, of course, be based upon all of the evidence then before him. [Emphasis in original.]

I agree with the above statement except as to the standard of proof. This requires some elaboration. Neither *Gauthier* nor *Reburn* dealt with the question of the use of the statement itself as evidence of authenticity. It follows from my previous discussion of hearsay that the assertions in the statement cannot be accepted as evidence as to their truth until there has been a preliminary determination that the statements were those of the accused. In making that determination, however, the mere fact that the declarant was in a position to make the statement may have probative value, in which case this can be considered along with other evidence. This raises the question of the standard of proof to be applied in determining the preliminary question.

In this respect I see no reason to require a higher standard of proof than is applied in determining preliminary questions of fact in respect of admissibility. The determination of a preliminary question of fact in respect of both authenticity and admissibility is a prelude to access to the contents of the statement as proof of the truth thereof. If the standard of proof on a balance of probabilities is appropriate to determine a preliminary question of admissibility, there is no reason to exact a higher standard due to the mere fact that the determination is shifted to the fact-finding stage of the trial.

pas été concluante. Le juge du procès a statué que la déclaration était inadmissible parce qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable qu'on avait établi que l'accusé était l'interlocuteur. La Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'arrêt *Gauthier* faisait autorité. Le juge en chef McGillivray a dit (à la p. 425):

[TRADUCTION] À mon avis, ayant été saisi en l'espèce de *quelques* éléments de preuve indiquant que l'accusé était l'auteur de la déclaration, le juge du procès devait examiner s'il était convaincu que la déclaration était volontaire et, dans l'affirmative, il devait l'admettre en preuve. Ce n'est qu'à la fin du procès, au moment de ses délibérations en tant que juge des faits, qu'il devait examiner s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé était l'auteur de la déclaration. Cet examen devait évidemment reposer sur l'ensemble de la preuve dont il avait alors été saisi. [En italique dans l'original.]

Je suis d'accord avec l'extrait qui précède sauf en ce qui concerne la norme de preuve. Des explications s'imposent. Il n'est question ni dans *Gauthier* ni dans *Reburn* de l'utilisation de la déclaration elle-même comme preuve de l'authenticité. Il ressort de mon analyse préalable du oui-dire que les affirmations que renferme la déclaration ne peuvent pas être admises comme preuve de leur véracité tant qu'on n'a pas tout d'abord déterminé que les déclarations sont celles de l'accusé. Toutefois, lors de cette détermination, le simple fait que le déclarant ait eu la possibilité de faire la déclaration peut avoir une valeur probante, auquel cas il faut en tenir compte lors de l'examen des autres éléments de preuve. Se pose alors le problème de la norme de preuve qui doit être appliquée pour trancher la question préliminaire.

À cet égard, je ne vois aucune raison d'exiger une norme de preuve plus sévère que celle qui est appliquée pour trancher des questions de fait préliminaires relatives à l'admissibilité. La détermination d'une question de fait préliminaire tant en ce qui concerne l'authenticité que l'admissibilité précède le recours au contenu de la déclaration comme preuve de sa véracité. Si la norme de preuve de la prépondérance des probabilités permet de trancher la question préliminaire de l'admissibilité, il n'y a aucune raison d'exiger une norme plus sévère pour le seul motif que cette

The appellant quite candidly conceded that this was the appropriate standard. It might be suggested that in the former case it is the trial judge in his or her capacity as judge of the law rather than as the trier of fact who determines the question, whereas in the latter case it is the trier of fact, either the judge or the jury. In my view, while this is a distinction between the two kinds of determination it is not a relevant distinction. This Court has affirmed that preliminary questions of fact by the trier of fact may be decided on a balance of probabilities. In *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, the trial judge charged the jury in a conspiracy case that before resorting to evidence of the acts and declarations of co-conspirators of the respondent accused, the jury were obliged to determine in accordance with the criminal standard that the respondent was a member of the conspiracy charged. This Court allowed the appeal by the Crown on the ground that the trial judge had erred as to the standard to be applied to the preliminary question of membership in the conspiracy. The appropriate standard was on a balance of probabilities. The Court ruled that once this standard was satisfied the acts and declarations of co-conspirators were evidence admissible against the accused in accordance with the well-known exception to the hearsay rule.

In my opinion, this is the correct approach to be applied in respect of the authenticity of admissions. If there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt. While the contents of the statement may only be considered for the limited purpose to which I have referred above in the first

détermination est reportée à l'étape de la recherche des faits lors du procès. L'appelant a très franchement reconnu qu'il s'agissait de la norme approuvée. On pourrait dire que, dans le premier cas, c'est le juge du procès en sa qualité de juge du droit plutôt que de juge des faits qui tranche la question alors que, dans le deuxième cas, cette tâche incombe au juge des faits, soit le juge ou le jury. À mon avis, bien qu'il s'agisse d'une distinction entre les deux catégories de détermination, celle-ci n'est pas pertinente. Notre Cour a affirmé que le juge des faits peut trancher les questions de fait préliminaires en se fondant sur la prépondérance des probabilités. Dans l'arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938, le juge du procès a indiqué au jury dans une affaire de complot qu'avant de pouvoir invoquer la preuve relative aux actes et aux déclarations des coconspirateurs de l'accusé intimé, le jury devait conclure, conformément à la norme applicable en matière pénale, que l'intimé avait participé au complot reproché. Notre Cour a accueilli le pourvoi formé par le ministère public parce que le juge du procès avait commis une erreur en ce qui concerne la norme applicable à la question préliminaire de la participation de l'accusé au complot. Cette norme était la prépondérance des probabilités. La Cour a statué qu'une fois que cette norme était satisfaite, les actes et les déclarations des coconspirateurs constituaient des éléments de preuve admissibles contre l'accusé conformément à l'exception bien connue à la règle du oui-dire.

À mon avis, c'est la démarche qu'il faut suivre relativement à l'authenticité des aveux. Si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l'objet d'un examen en deux temps. Tout d'abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l'accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l'accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite, le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Même si le contenu de la déclaration ne peut être pris en considération que dans le but limité que j'ai mentionné



stage, in the second stage the contents are evidence of the truth of the assertions contained therein.

#### 4. *Application to this Case*

In this case there was evidence that it was the appellant who made the statements to the Boutets. The trial judge should have considered whether this evidence proved on a balance of probabilities that the statements were in fact made by the accused. In this determination he could have relied on the fact that the statements to the Boutets were made. It would be a most unusual coincidence that the purchaser and the accused would each have these two characteristics in combination. If he ruled out coincidence, the trial judge was entitled to consider that this narrowed the group of persons who were in a position to make this statement to the accused or someone who knew this about the accused and had some reason to make the representation as if he were the accused. Considered in light of the other evidence to which I will refer, the most likely person to make the statement was the accused.

The trial judge did not address this question in two stages but considered the statements along with other evidence in concluding that the Crown had proved the charges beyond a reasonable doubt. As pointed out by counsel for the appellant, this may be explained on the basis of the fact that counsel for the accused (who was not counsel on the appeal) made no objection to the admissibility of the evidence. It is not clear from the learned trial judge's reasons whether he relied on the statements as if they were true or whether he made the limited use of them to which I have referred. He simply referred to them as part of the circumstantial evidence without mention of this distinction. In my view, the strength of the whole of the evidence is such that even if the trial judge did consider the contents of the statements for their truth without a preliminary finding of authenticity, this did not

pour la première étape, il fait preuve, dans la deuxième, de la véracité des affirmations que contient la déclaration.

#### a 4. *L'application à l'espèce*

En l'espèce, certaines preuves indiquaient que c'était l'appelant qui avait fait les déclarations en cause aux Boutet. Le juge du procès aurait dû examiner si ces preuves démontraient, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations avaient effectivement été faites par l'accusé. Pour en arriver à cette conclusion, il aurait pu invoquer que les déclarations aux Boutet ont été faites. Il faudrait une coïncidence exceptionnelle pour que l'acheteur et l'accusé possèdent chacun ces deux mêmes caractéristiques. S'il écartait la possibilité d'une coïncidence, le juge du procès avait le droit de considérer que le groupe de personnes qui pouvaient faire une telle déclaration se limitait de ce fait à l'accusé ou à quelqu'un qui était au courant de ces caractéristiques de l'accusé et qui avait des raisons de faire ces déclarations comme s'il était l'accusé. Compte tenu des autres éléments de preuve que je mentionnerai plus loin, la personne la plus susceptible de faire la déclaration était l'accusé.

Le juge du procès n'a pas analysé cette question en deux temps, mais il a examiné les déclarations avec d'autres éléments de preuve pour conclure que le ministère public avait prouvé les accusations hors de tout doute raisonnable. Comme l'a signalé l'avocat de l'appelant, cela s'explique peut-être parce que l'avocat de l'accusé (qui n'était pas le même lors de l'appel) n'a soulevé aucune objection quant à l'admissibilité de la preuve. Les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement s'il s'est appuyé sur les déclarations en considérant qu'elles étaient vraies ou s'il en a fait l'usage limité dont j'ai fait mention. Il a simplement indiqué qu'elles faisaient partie de la preuve circonstancielle sans parler de cette distinction. À mon avis, la force de l'ensemble de la preuve est telle que, même si le juge du procès a examiné le contenu des déclarations pour établir leur véracité sans avoir tiré une conclusion préliminaire relativement à leur authenticité, cela n'a pas entraîné une erreur judiciaire grave. Les autres éléments de

occasion a substantial miscarriage of justice. The other evidence may be summarized as follows:

1. The residence rented by the appellant two months earlier, ostensibly to house himself, his wife and his child, was found actually to be used as a hideout for two escaped felons, Dipietro and Panacui. The three sleeping bags on the living room floor suggested the residence was being used by three people. The appellant paid the rent on the residence both before and after the robbery.
2. The trial judge found that the robbery was committed by three persons — two gunmen and a driver.
3. In the residence was found a City of Calgary map which had traced on it the getaway route from the Woodward's parking lot to a location where the getaway vehicle was found abandoned, and from there to an overpass crossing a major thoroughfare.
4. It was common ground that the getaway vehicle subsequently abandoned by the robbers was the same vehicle sold by the Boutets two days earlier.
5. The getaway vehicle was sold to a person who coincided with the physical description offered by the Boutets in terms of his age, height, weight, build, hair colour, mustache and facial features, which were said to be similar or familiar. The person lied about the use to be made of the vehicle.

In my view, the relative probative value of the statements, if one assumes their truth, as compared with the probative value on the more limited basis for which they were admissible without a preliminary finding of authenticity is so slight that, irrespective of the basis on which they were considered by the trial judge, the result would necessarily have been the same. In these circumstances, any error in law in considering the statements as evidence of the truth of their content did not occasion a substantial miscarriage of justice. The appeal is, therefore, dismissed.

preuve peuvent être résumés de la manière suivante:

1. On a constaté que la résidence louée par l'appellant deux mois plus tôt, officiellement pour lui-même, son épouse et son enfant, avait en fait servi de refuge à deux criminels évadés, Dipietro et Panacui. Les trois sacs de couchage trouvés sur le sol de la salle de séjour donnent à penser que la résidence a été utilisée par trois personnes. L'appellant a payé le loyer de la résidence avant et après le vol qualifié.
2. Le juge du procès a conclu que le vol qualifié avait été commis par trois personnes — deux hommes armés et un conducteur.
3. Dans la résidence, on a trouvé une carte de la ville de Calgary sur laquelle on avait tracé l'itinéraire suivi par les criminels dans leur fuite du terrain de stationnement de Woodward's jusqu'à l'endroit où le véhicule ayant servi à la fuite a été trouvé abandonné et, de là, jusqu'à un pont enjambant une rue importante.
4. Il est reconnu que le véhicule ayant servi à la fuite des voleurs qui l'ont ensuite abandonné était celui que les Boutet avaient vendu deux jours plus tôt.
5. Le véhicule ayant servi à la fuite a été vendu à une personne qui correspondait à la description physique faite par les Boutet en ce qui concerne l'âge, la taille, le poids, la carrure, la couleur des cheveux, les moustaches et les traits, qu'ils ont déclaré ressemblants ou familiers. La personne a menti au sujet de l'usage ultérieur du véhicule.

À mon avis, la valeur probante relative des déclarations, si on présume leur véracité, est si faible lorsqu'on la compare à leur valeur probante pour l'usage plus limité pour lequel elles étaient admissibles sans décision préliminaire sur leur authenticité que, peu importe en vertu de quoi le juge du procès en a tenu compte, le résultat aurait nécessairement été le même. Dans ces circonstances, aucune erreur de droit qu'il ait pu commettre en considérant que les déclarations faisaient preuve de la véracité de leur contenu n'a entraîné d'erreur judiciaire grave. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka. I agree with him on the law. I cannot agree, however, with the conclusion he draws from the principles he states.

My colleague concedes that viewed one way, the statements in question are hearsay. However, he says they are admissible as a statement of facts identifying the speaker as X on the ground that the facts could have been known only to X or to a small group of people to which X belongs. He quotes McCormick's statement of the principle (*McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at pp. 51-52): "authentication may be accomplished by circumstantial evidence pointing to X's identity as the caller, such as if the communication received reveals that the speaker had knowledge of facts that only X would be likely to know."

The probative value of such statements depends on the proposition that the person to be identified (here the accused) is one of very few people who would be able to relate the information which was disclosed by the "speaker" (here the perpetrator of the crime). If many people could have made the statement, it loses its force as an indicator that the "speaker" or perpetrator of the offence is the accused. The case my colleague cites of a "speaker" who describes in detail an unusual tattoo on his left buttock — a tattoo which also, it turns out, is possessed by the accused — is an example in point. The statement identifies both the speaker and the accused as members of the very small group of persons who could have known about the tattoo. It would be highly unusual that a "speaker" would describe himself as having such a tattoo, and that a quite different person, the accused, would possess the same characteristic. Because this would be so extraordinary, there is a strong (although not conclusive) inference that they are one and the same person.

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka. Je suis d'accord avec lui sur le plan du droit. Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion qu'il tire des principes qu'il expose.

Mon collègue admet que, selon une interprétation possible, les déclarations en question constituent du ouï-dire. Toutefois, il dit qu'elles sont admissibles à titre de déclarations de faits identifiant l'interlocuteur comme X sur le fondement que les faits n'auraient pu être connus que de X ou d'un petit groupe de personnes dont X fait partie. Il cite la déclaration de principe de McCormick (*McCormick on Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 2, aux pp. 51 et 52): [TRADUCTION] «l'authentification peut être réalisée à l'aide de preuves circonstancielles indiquant que X est l'interlocuteur, tel le cas où la communication reçue révèle que l'interlocuteur connaissait des faits que seul X était susceptible de connaître».

La valeur probante de telles déclarations dépend de l'argument que la personne à identifier (en l'espèce l'accusé) est l'une des rares personnes en mesure de donner les renseignements communiqués par l'«interlocuteur» (en l'espèce l'auteur du crime). Si un grand nombre de personnes avaient pu faire la déclaration, elle perd de sa force comme indice que l'«interlocuteur» ou l'auteur de l'infraction est l'accusé. L'exemple que mon collègue cite d'un «interlocuteur» qui décrit en détail un tatouage inhabituel sur sa fesse gauche — un tatouage que posséderait par ailleurs l'accusé — est à propos. La déclaration identifie à la fois l'interlocuteur et l'accusé comme membres du très petit groupe de personnes susceptibles d'être au courant du tatouage. Il serait hautement improbable qu'un «interlocuteur» qui se décrit comme ayant un tel tatouage et une personne différente, l'accusé, possèdent la même caractéristique. Une telle probabilité serait tellement extraordinaire, qu'il existe une forte présomption (bien que pas concluante) qu'il s'agit d'une seule et même personne.

The same inference does not follow where the characteristic is one which anyone who cares to inquire may detect. Consider the case of a criminal who wishes to “finger” another for his crime. Knowing that the other person possesses a peculiar tattoo on his left buttock, such a person might indicate in the course of committing the crime that he, the perpetrator, possessed such a tattoo. If the evidence is that only very few people could have known of the tattoo, the inference, as noted above, is strong that the speaker and the person with the tattoo are one and the same. But if the evidence is that many people could have known about the tattoo, the inference is weak. Any one of those people, whether to shift the blame to another or for a variety of other reasons, might have mentioned it. It is for this reason that the cases in which this principle has been applied uniformly insist that the information related be information which only the accused could have known (McCormick’s formulation) or which, at the very least, only a few people would have known. Thus, as my colleague points out, in *R. v. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157, at p. 160, intimate details related by the caller provided some evidence that the caller was the deceased, “as this detail narrowed the identity of the caller to those people who would be able to relate the information disclosed by the caller.” (Emphasis added.)

This brings me to the information said to identify the accused as the person who bought the getaway vehicle in the case at bar. The person who picked up the getaway vehicle gave the vendor the information that he worked as a chain-link fencer and owned a large pregnant dog. That was not information which only the perpetrator of the offence could have known. Indeed, it was not information which only a small group of people could have known. It was, on the contrary, information which could have been obtained by anyone who had cared to observe or inquire into the accused’s affairs. Accordingly, it does not fall

On ne peut faire la même déduction lorsque la caractéristique peut être remarquée par quiconque prend la peine de se renseigner. Examinons le cas d’un criminel qui veut faire blâmer un autre pour le crime qu’il a commis. Sachant que l’autre personne a un tatouage particulier sur sa fesse gauche, il pourrait indiquer lors de la perpétration du crime qu’il possède lui-même un tel tatouage. Si selon la preuve, seulement très peu de gens auraient pu être au courant du tatouage, il y a une forte présomption, comme il a été indiqué précédemment, que l’interlocuteur et la personne avec le tatouage sont une seule et même personne. Toutefois, s’il ressort de la preuve qu’un grand nombre de personnes auraient pu être au courant du tatouage, la présomption est faible. N’importe laquelle de ces personnes, que ce soit pour jeter le blâme sur une autre ou pour un grand nombre de raisons, aurait pu le mentionner. C’est pour cette raison que, dans toutes les affaires où ce principe a été appliqué, on insiste pour que le renseignement communiqué n’ait pu être connu que de l’accusé (formulation de McCormick) ou, du moins, qu’il n’ait pu être connu que d’un très petit nombre de personnes. Par conséquent, comme le souligne mon collègue, des détails intimes révélés par l’interlocutrice dans l’arrêt *R. c. Ferber* (1987), 36 C.C.C. (3d) 157, à la p. 160, constituaient une certaine preuve que celle-ci était la défunte, «car ils limitaient le choix des personnes qui pouvaient être l’interlocutrice à celles qui pouvaient rapporter les renseignements qu’elle avait divulgués.» (Je souligne.)

Ceci m’amène à la question des renseignements qui identifieraient l’accusé comme la personne qui a acheté le véhicule ayant servi à la fuite en l’espèce. La personne qui a acheté le véhicule qui a servi à la fuite a donné au vendeur les renseignements selon lesquels il travaillait comme installateur de clôtures et était propriétaire d’une chienne gravide de grande taille. Il ne s’agissait pas de renseignements que seul l’auteur de l’infraction était susceptible de connaître. En fait il ne s’agissait pas de renseignements que seul un petit groupe de personnes étaient susceptibles de connaître. C’étaient au contraire des renseignements qui auraient pu être obtenus par quiconque aurait pris soin d’observer les affaires de l’accusé ou de se renseigner

within the rule as stated by McCormick and as applied in *Ferber, supra*.

Nor should it. A number of inferences may be drawn from the fact such a statement was made. One is that another chain-link fencer who owned a large pregnant dog (and there may be a number of such persons in a large city like Calgary) bought the car. Yet another inference is that the criminal, seeking to shift blame from himself to the accused Evans, went out of his way to tell the vendors falsely that he worked as a chain-link fencer and owned a large pregnant dog. Yet another is the inference which the trial judge drew — that the person who bought the getaway car and the accused Evans were one and the same person. The fact that the inference of identity is merely one of several plausible inferences which may be drawn from the statement renders it, on the authorities, inadmissible. It does not have the necessary probative value to support a conviction. The danger of an erroneous inference is simply too great.

The trial judge relied heavily upon the inadmissible statements in concluding that Evans was the person who had bought the getaway vehicle. He recited the statements and referred to the fact that Evans possessed the mentioned characteristics. In summing up, he used this “circumstantial evidence”, together with other identification evidence, to conclude that “the accused Evans was the person who purchased from Mr. Boutet the automobile that was used as the getaway car . . .”.

The only question remaining is whether the other evidence identifying Evans as the guilty person is so clear that it can safely be said that the trial judge’s erroneous reliance did not result in a miscarriage of justice. In my view, this cannot be said. It was essential to the Crown’s case that Evans be shown to be the purchaser of the getaway vehicle. The only other evidence linking Evans

sur celles-ci. En conséquence, ils ne s’inscrivent pas dans le cadre de la règle énoncée par McCormick et appliquée dans l’arrêt *Ferber*, précité.

Ce ne devrait pas non plus être le cas. Un certain nombre de déductions peuvent être tirées du fait qu’une telle déclaration a été faite. Il est possible de déduire qu’un autre installateur de clôtures qui est propriétaire d’une chienne gravidе de grande taille (et il peut y avoir un certain nombre de telles personnes dans une grande ville comme Calgary) a acheté l’automobile. On peut également déduire que le criminel, voulant jeter le blâme sur l’accusé Evans, a pris la peine de dire faussement aux vendeurs qu’il travaillait comme installateur de clôtures et était propriétaire d’une chienne gravidе de grande taille. Il est également possible de déduire, comme l’a fait le juge du procès, que la personne qui a acheté le véhicule qui a servi à la fuite et l’accusé Evans sont une seule et même personne. Le fait que la déduction de l’identité est simplement une déduction parmi plusieurs déductions plausibles qui peuvent être faites à partir de la déclaration la rend inadmissible d’après la doctrine et la jurisprudence. Elle n’a pas la valeur probante nécessaire pour appuyer une déclaration de culpabilité. Le danger de faire une déduction erronée est simplement trop grand.

Le juge du procès s’est fortement appuyé sur les déclarations inadmissibles pour conclure que Evans était la personne qui avait acheté le véhicule ayant servi à la fuite. Il a exposé les déclarations et a mentionné le fait que Evans possédait les caractéristiques décrites. Dans son résumé, il a utilisé la «preuve circonstancielle» avec d’autres éléments de preuve relatifs à l’identification pour conclure que [TRADUCTION] «l’accusé Evans est la personne qui a acheté à M. Boutet l’automobile qui a servi à la fuite . . .»

La seule question qui reste à trancher est de savoir si les autres éléments de preuve qui identifient Evans comme le coupable sont suffisamment clairs pour dire avec certitude que le fait que le juge du procès se soit fondé de façon erronée sur une déclaration n’a pas entraîné une erreur judiciaire. À mon avis, ce n’est pas le cas. Il était essentiel dans l’argumentation du ministère public

with the getaway vehicle were the statements of the Boutets describing the age, height, weight, build, hair colour, mustache and facial features of the person who picked up the car as similar to those of the accused, who seemed 'familiar' to them. These vague descriptions, without more, were unlikely to have established beyond a reasonable doubt that it was Evans who purchased the getaway car.

I would allow the appeal and direct a new trial.

*Appeal dismissed, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Legge & Chisholm, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Peter Martin, Calgary.*

de démontrer que Evans était l'acheteur du véhicule qui a servi à la fuite. Les seuls autres éléments de preuve qui relient Evans au véhicule qui a servi à la fuite étaient la description faite par les Boutet de l'âge, de la taille, du poids, de la stature, de la couleur des cheveux, de la moustache et des traits du visage de la personne qui a acheté la voiture comme étant semblables à ceux de l'accusé, qui leur semblait «familier». Il est improbable que ces vagues descriptions, sans plus, aient démontré hors de tout doute raisonnable que Evans avait acheté l'automobile qui a servi à la fuite.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Legge & Chisholm, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Peter Martin, Calgary.*



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

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



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1993 Vol. 3**

and Tables

Cited as [1993] 3 S.C.R. { i-xxxix  
675-841

**5<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 3**

et Tables

Renvoi [1993] 3 R.C.S. { i-xxxix  
675-841

---



## **NOTICE**

**There will be a Volume 4 of the Supreme Court Reports [1993] and it will contain five parts.**

**December 1993**

## **AVIS**

**Il y aura un quatrième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1993] et il comprendra cinq cahiers.**

**Décembre 1993**

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges .....	ii
Errata.....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xi
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited .....	xxxi
Authors Cited .....	xxxv
Index .....	831
<b>Air Canada v. M &amp; L Travel Ltd.....</b>	<b>787</b>

Trusts — Directors of closely held corporation — Business of corporation a travel agency — Agreement between travel agency and airline for ticket sales — Receipts less commission to be forwarded to airline: — Notwithstanding separate trust

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements .....	xv
Table de la jurisprudence .....	xvii
Lois et règlements cités .....	xxxiii
Doctrine citée .....	xxxv
Index .....	837
<b>Air Canada c. M &amp; L Travel Ltd.....</b>	<b>787</b>

Fiducies — Administrateurs d'une société à peu d'actionnaires — La société exploite une agence de voyages — Convention entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation pour la vente de billets — Les recettes moins les commissions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

account for money from ticket sales, money placed in travel agency's general account — Business difficulties resulting in directors making independent and contradictory instructions to bank as to operating account — Bank withdrawing amount owing it on line of credit to travel agency pursuant to terms of credit agreement — Airline suing directors personally for monies owing it — Whether relationship between travel agency and airline one of trust or of debtor and creditor — If trust relationship, whether directors personally liable for breach of trust by corporation.

### **Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. .... 724**

Labour relations — Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Board ordering employers to produce documents during investigation of union's application for amendment of certification — Whether Board's power to compel production of documents may be exercised only in context of formal hearing — Standard of review applicable to Board's order — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(a), 121.

### **Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General); Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General) ..... 675**

Practice — Standing — Act defining holiday and restricting shopping on those defined holidays — Corporate Charter challenge alleging infringement of freedom of religion following convictions for breach of Act — Declaration sought that Act unconstitutional — Application stayed pending decision in similar case but brought on following finding of constitutionality — Constitutional questions querying whether freedom of religion infringed and, if so, whether infringement justified — Whether corporations had standing to seek declaration of unconstitutionality — Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1)(a), 2(2), 8(1), (2).

### **R. v. Dersch ..... 768**

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test without a warrant — Whether conduct of police violated accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Blood sample taken by physicians at hospital without

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

devaient être remises à la compagnie d'aviation — Nonobstant les comptes en fiducie distincts pour l'argent provenant de la vente des billets, l'argent était déposé dans le compte général de l'agence de voyages — Des difficultés commerciales amènent des administrateurs à donner des instructions divergentes à la banque relativement au compte d'affaires — La banque a retiré les montants qui lui étaient dus sur la marge de crédit de l'agence de voyages aux termes de la convention de crédit — La compagnie d'aviation poursuit les administrateurs personnellement pour les montants qui lui sont dus — Le rapport établi entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation constituait-il une fiducie ou une obligation liant un débiteur et un créancier? — S'il s'agit d'une fiducie, les administrateurs sont-ils responsables personnellement pour la violation de l'obligation fiduciaire par la société?

### **Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général); Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général) ..... 675**

Pratique — Qualité pour agir — Loi définissant les jours fériés et limitant le magasinage pendant ces jours fériés — Contestation fondée sur la Charte dans laquelle des personnes morales allèguent qu'une atteinte à la liberté de religion résulte de déclarations de culpabilité pour violation de la Loi — Requête visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle — Requête suspendue en attendant qu'une décision soit rendue dans une affaire semblable, puis déposée à la suite d'une constatation de constitutionnalité — Questions constitutionnelles visant à déterminer s'il y a eu atteinte à la liberté de religion et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée — Les personnes morales ont-elles qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité? — Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453, art. 1(1), 2(2), 8(1), (2).

### **Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes ..... 724**

Relations de travail — Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Le Conseil a ordonné à des employeurs de produire des documents au cours d'une enquête sur une demande de modification d'accréditation présentée par un syndicat — Le pouvoir du Conseil d'exiger la production de documents peut-il être exercé uniquement dans le cadre d'une audience formelle? — Norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Conseil — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 118a), 121.

### **R. c. Dersch ..... 768**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention sans mandat par la police des résultats de l'alcootest — La conduite des policiers a-t-elle violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, la violation est-elle

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

accused's consent — Whether physicians acting as agents of government — Whether Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

## **SOMMAIRE (Fin)**

justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention par la police des résultats de l'alcootest contrairement au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Les médecins sont-ils des mandataires du gouvernement? — La Charte s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.



## 1993 Volume 3

# Canada Supreme Court Reports

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Deputy Registrar*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Manager, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Technical Revisors*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secretaries*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Registraire adjoint*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Directrice des publications*  
Odile Calder

*Arrétistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Gestionnaire, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Réviseurs techniques*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secrétaires*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

**JUDGES  
OF THE  
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

## ERRATA

- [1993] 2 S.C.R. p. 1073 of the English version. Read “*Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4” instead of “*Family Law Act*, R.S.O. 1984, c. 8”.
- [1993] 2 S.C.R. p. 1073, line *a*-3 of the French version. Read “*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4” instead of “*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1984, ch. 8”.
- [1993] 2 S.C.R. p. 1076, line *c*-1 of the English version. Read “under what is now the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4” instead of “under the *Family Law Act*, R.S.O. 1984, c. 8”.
- [1993] 2 S.C.R. p. 1076, line *c*-1 of the French version. Read “aux termes de ce qui est devenu la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4” instead of “aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1984, ch. 8”.
- [1993] 3 S.C.R. p. 15, line *g*-2 of the English version and line *g*-3 of the French version. Read “(1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.)” instead of “(1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.)”.
- [1993] 3 S.C.R. p. 61, line *b*-3 of the English version and line *b*-4 of the French version. Read “[1993] 3 S.C.R. 122” instead of “[1993] 3 S.C.R. 22”.
- [1993] 2 R.C.S. p. 1073 de la version anglaise. Lire «*Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4» au lieu de «*Family Law Act*, R.S.O. 1984, c. 8».
- [1993] 2 R.C.S. p. 1073, ligne *a*-3 de la version française. Lire «*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4» au lieu de «*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1984, ch. 8».
- [1993] 2 R.C.S. p. 1076, ligne *c*-1 de la version anglaise. Lire «under what is now the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4» au lieu de «under the *Family Law Act*, R.S.O. 1984, c. 8».
- [1993] 2 R.C.S. p. 1076, ligne *c*-1 de la version française. Lire «aux termes de ce qui est devenu la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4» au lieu de «aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1984, ch. 8».
- [1993] 3 R.C.S. p. 15, ligne *g*-2 de la version anglaise et ligne *g*-3 de la version française. Lire «(1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.)» au lieu de «(1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.)».
- [1993] 3 R.C.S. p. 61, ligne *b*-3 de la version anglaise et ligne *b*-4 de la version française. Lire «[1993] 3 S.C.R. 122» au lieu de «[1993] 3 S.C.R. 22».



## MOTIONS—REQUÊTES

(September 1 to October 31, 1993 — 1<sup>er</sup> septembre au 31 octobre 1993)

- Allen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23655, notice of discontinuance filed, 5.10.93, avis de désistement produit.
- Apsassin v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23516, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General for the province of Ontario v. Montemurro* (Ont.), 23415, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bank of Montreal v. Bale* (Ont.), 23371, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bardyn v. Botiuk* (Ont.), 23517, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Bartle v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23623, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Beygi v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23645, leave to appeal refused, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Boakye v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23500, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bond v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23543, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Buena Vista Developments Ltd. v. First City Trust Co.* (Sask.), 23443, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Post Corporation v. Canadian Postmasters and Assistants Association* (N.S.), 23612, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen* (Sask.), 23596, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Capsule Investments Ltd. v. Heck* (Ont.), 23550, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carroll v. Montsion* (Man.), 23592, leave to appeal refused, 9.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Cobham v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23585, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Compagnie de Construction Belcourt Ltée (Belcourt Inc.) c. Administrator of Co-propriété Forest Village* (Qué.), 23630, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Connolly v. Walwyn Stodgell Cochran Murray Ltd.* (N.S.), 23622, leave to appeal refused with costs, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Ville de Montréal* (Qué.), 23604, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Cooperators General Insurance Co. v. Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd.* (P.E.I.), 23502, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Cormie v. Korte* (Alta.), 23544, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cream Silver Mines Ltd. v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 23527, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Crestbrook Forest Industries Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23627, leave to appeal refused, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Davis v. Saltspring Island Water Preservation Society* (B.C.), 23577, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dempsey v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23433, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Durham v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23189, notice of discontinuance filed, 27.9.93, avis de désistement produit.
- Durish v. White Resource Management Ltd.* (Alta.), 23483, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Eastmain Band v. Robinson* (Ont.), 23382, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eastwalsh Homes Ltd. v. Anatal Development Corporation* (Ont.), 23590, leave to appeal refused with costs, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Egan v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 23636, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Elik v. Elik* (Ont.), 23507, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Entreprises Raymond Denis Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 23494, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fermo's Inc. c. Comité Paritaire de l'Industrie du Meuble* (Qué.), 23656, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Flaman v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 23610, leave to appeal refused with costs, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fournier v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 23562, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Foxcroft v. Economical Mutual Insurance Co.* (F.C.A.)(Alta.), 23554, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraser v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23663, leave to appeal refused, 28.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Gemini Group Limited Partnership v. Director of Investigation and Research* (F.C.A.)(Ont.), 23709, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Giesbrecht v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23586, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Graff v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23522, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Greslik v. Ontario Legal Aid Plan of the Law Society of Upper Canada* (Ont.), 23538, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Halcrow v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23542, leave to appeal granted on count number five 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée relativement au cinquième chef d'accusation.
- Hammerbeck v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23512, leave to appeal refused, 9.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Harrison v. Haber* (Ont.), 23488, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hill-Everest Holdings Ltd. v. Smalley Agencies Ltd.* (Man.), 23536, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hirbod c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 23565, leave to appeal refused, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hogben v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23693, leave to appeal refused, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Horton v. Kings County District School Board* (N.S.), 23530, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hudson's Bay Co. v. Wetston* (Ont.), 23006, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Imperial Oil Ltd. v. Lubrizol Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 23409, leave to appeal refused with costs, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Imperial Tobacco Ltd. c. Attorney General of Canada* (Qué.), 23490, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- J. E. Verreault & Fils Ltée c. Commission des écoles catholiques de Québec* (Qué.), 23633, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen* (N.S.), 23593, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Jones v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23687, leave to appeal refused, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- King v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23601, leave to appeal refused, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Kuczerpa v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23541, leave to appeal refused, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- L.B. c. J.C.* (Qué.), 22711, leave to appeal refused, 28.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Lachance v. The Queen* (N.S.), 23525, leave to appeal refused, 9.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Larivière v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23537, leave to appeal refused, 28.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Lawrence v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23659, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Leckie v. Swain* (Ont.), 23246, leave to appeal refused with costs, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lefebvre v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 23529, leave to appeal refused, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Lussier (Claudette) c. Ville de Sept-Îles* (Qué.), 23397, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lussier (Mario) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23535, leave to appeal refused, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Mackprang c. Commission des affaires sociales* (Qué.), 23482, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maksymec v. Botiuk* (Ont.), 23519, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Malka c. Lafond* (Qué.), 23574, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Matsqui Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 23643, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Matte c. Commission scolaire de Charlesbourg* (Qué.), 23558, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McGuire v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23625, leave to appeal refused, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- McMaster v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23682, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- McNaughton v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 23634, leave to appeal refused, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Millar Western Pulp (Meadow Lake) Ltd. v. Iron* (Sask.), 23576, leave to appeal refused, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Monahan c. Bank of Montreal* (Qué.), 23564, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montgomery v. Montgomery* (Ont.), 23430, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neable v. Martin* (Ont.), 23225, leave to appeal refused with costs, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Nguyen v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23474, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Non-Labour Lien Claimants v. The Queen in right of Canada* (Sask.), 23549, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- NsC Diesel Power Inc. v. ABN (AMRO) Bank of Canada* (N.S.), 23560, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Old HW-GW Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 23591, leave to appeal refused with costs, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Hydro v. Weber* (Ont.), 23401, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- PWA Corporation v. Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.* (Ont.), 23708, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pacific Coast Energy Corporation v. Can-Dive Services Ltd.* (B.C.), 23534, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Palmer v. Gray* (B.C.), 23421, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Partagec Inc. c. Communauté urbaine de Québec* (Qué.), 23587, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Partanen v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 23496, leave to appeal refused, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Phillips v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23637, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Pinehouse Plaza Pharmacy Ltd. v. The Queen* (Sask.), 22325, notice of discontinuance filed, 21.10.93, avis de désistement produit.
- Pollard v. Corporation of the District of Surrey* (B.C.), 23609, leave to appeal refused with costs, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pozniak v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23642, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Procter & Gamble Inc. v. Attorney General of the province of Alberta* (Alta.), 23649, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Procureur général du Québec c. Vanier* (Qué.), 23563, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Brian C.* (Crim.)(Ont.), 23511, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Halcrow* (Crim.)(B.C.), 23542, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Oommen* (Crim.)(Alta.), 23608, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Pawlowski* (Crim.)(Ont.), 23555, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Quickfall* (Crim.)(Qué.), 23471, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. R. (K. A.)* (N.S.), 23632, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Rajic* (Crim.)(Ont.), 23631, leave to appeal refused, 9.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- RJR — MacDonald Inc. c. Attorney General of Canada* (Qué.), 23460, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Rahemtulla v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23509, notice of discontinuance filed, 28.9.93, avis de désistement produit.
- Raymond v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23611, leave to appeal refused, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Reyat v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23606, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rogers v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23614, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Royal Bank of Canada v. Kawai Canada Music Ltd.* (Alta.), 23670, leave to appeal refused with costs, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- S.D. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23658, leave to appeal refused, 28.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Savarin Ltd. v. Fasken & Calvin* (Ont.), 23571, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savarin Ltd. v. Fasken & Calvin* (Ont.), 23572, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savarin Ltd. v. Fasken & Calvin* (Ont.), 23573, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saviro International v. Cadillac Gage Co.* (Ont.), 23617, leave to appeal refused with costs, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schur v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23654, leave to appeal refused, 7.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Scurfield v. Cariboo Helicopter Skiing Ltd.* (B.C.), 23470, leave to appeal refused with costs, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Silverberg v. Silverberg* (Ont.), 23598, leave to appeal refused, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Simard c. Procureur général du Québec* (Qué.), 23515, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sobeys Inc. v. Xanadu Investments Ltd.* (N.S.), 23492, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Squires v. The Queen in right of Ontario* (Crim.)(Ont.), 23422, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- St-Laurent c. Dorais* (Qué.), 23521, leave to appeal refused with costs, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Pierre v. The Queen* (Ont.), 23518, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Stellato v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23454, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Stevenson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23478, leave to appeal granted, 7.10.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Tardi c. Caisse populaire d'Outremont* (Qué.), 23290, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terry Martel Real Estate Ltd. v. Lawson* (Ont.), 23452, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tolédano c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23588, leave to appeal refused, 21.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Travelers Indemnity Co. of Canada v. Michigan Catastrophic Claims Association* (Ont.), 23635, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trikha v. Wenden* (Alta.), 23495, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trofimenkoff v. National Victoria and Grey Trust Co.* (Alta.), 23567, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trust Général Inc. c. Wolofsky* (Qué.), 23484, leave to appeal refused with costs, 23.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turner v. Tomlinson* (P.E.I.), 23651, leave to appeal refused with costs, 28.10.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vincent v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23485, leave to appeal refused, 14.10.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Walia v. Walia* (B.C.), 23653, leave to appeal refused with costs, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

*Weber v. Ontario Hydro* (Ont.), 23401, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.

*Wenden v. Royal Alexandra Hospitals* (Alta.), 23495, leave to appeal refused with costs, 2.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

*West Park Hospital v. Service Employees International Union Local 204* (Ont.), 23568, leave to appeal refused, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée.

*Weston v. Marquis* (N.B.), 23575, leave to appeal refused with costs, 30.9.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

*White c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 23605, leave to appeal refused, 16.9.93, autorisation de pourvoi refusée.

*Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.* (Man.), 23624, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.

*Yukon Human Rights Commission v. Yukon Order of Pioneers* (Y.T.), 23584, leave to appeal granted, 14.10.93, autorisation de pourvoi accordée.

*Zastowny v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23468, leave to appeal refused, 9.9.93, autorisation de pourvoi refusée.

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		Commission see also "Canada" or the name of province	
Air Canada v. M & L Travel Ltd. ....	787	Côté, R. v. ....	639
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Creighton, R. v. ....	3
Auto Concrete Curb Ltd. v. South Nation River Conservation Authority.....	201	<b>D</b>	
		Dersch, R. v. ....	768
<b>B</b>		<b>E</b>	
B. (J.G.), R. v. ....	643	E. (A.W.), R. v. ....	155
British Columbia (Attorney General), Rodriguez v. ....	519	Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd. ....	206
		Evans, R. v. ....	653
<b>C</b>		<b>F</b>	
Canada (Attorney General), Rodriguez v. ....	519	Finlay, R. v. ....	103
Canada (Labour Relations Board) v. Canadian Pacific Air Lines Ltd. ....	724	Freitas, R. v. ....	649
Canada (Labour Relations Board) v. Nolisair International Inc. ....	724	<b>G</b>	
Canada (Labour Relations Board) v. Québecair	724	Gaetz, R. v. ....	645
Canadian Air Line Pilots Assn., Canadian Pacific Air Lines v. ....	724	Grant, R. v. ....	223
Canadian Broadcasting Corp., National Party of Canada v. ....	651	Gosset, R. v. ....	76
Canadian Pacific Air Lines, Canada (Labour Relations Board) v. ....	724	<b>H</b>	
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. ....	724	Harbottle, R. v. ....	306
Canadian Union of Public Employees v. Ontario Hydro.....	327	Hy amd Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)	675

	PAGE		PAGE
<b>L</b>		<b>Q</b>	
Leduc, R. v. ....	641	Québecair, Canada (Labour Relations Board) v. Queen see also "R."	724
<b>M</b>		<b>R</b>	
M & L Travel Ltd., Air Canada v. ....	787	R. v. B. (J.G.).....	643
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Côté .....	639
Morgentaler, R. v. ....	463	R. v. Creighton.....	3
<b>N</b>		R. v. Dersch.....	768
N. D. Lea & Associates Ltd., Edgeworth Construction Ltd. v. ....	206	R. v. E. (A.W.).....	155
Naglik, R. v. ....	122	R. v. Evans .....	653
National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. ....	651	R. v. Finlay.....	103
Nolisair International Inc., Canada (Labour Relations Board) v. ....	724	R. v. Freitas .....	649
<b>O</b>		R. v. Gaetz.....	645
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Gosset .....	76
Ontario (Attorney General), Hy and Zel's Inc. v. ....	675	R. v. Grant.....	223
Ontario (Attorney General), Paul Magder Furs Ltd. v. ....	675	R. v. Harbottle.....	306
Ontario Hydro, Canadian Union of Public Employees v. ....	327	R. v. Leduc .....	641
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board).....	327	R. v. Morgentaler .....	463
Ontario (Labour Relations Board), Ontario Hydro v. ....	327	R. v. Naglik .....	122
<b>P</b>		R. v. Plant.....	281
Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General).....	675	R. v. Price.....	633
Plant, R. v. ....	281	R. v. Profit.....	637
Price, R. v. ....	633	R. v. Ruiz .....	649
Profit, R. v. ....	637	R. v. Smith .....	635
		R. v. Wiley .....	263
		R. v. Yorke .....	647
		Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	519
		Rodriguez v. Canada (Attorney General).....	519
		Ruiz, R. v. ....	649
		<b>S</b>	
		Slattery (Trustee of) v. Slattery.....	430
		Smith, R. v. ....	635
		South Nation River Conservation Authority, Auto Concrete Curb Ltd. v. ....	201
		<b>T</b>	
		The Queen see also "R."	



TABLE OF JUDGMENTS

xiii

	PAGE		PAGE
<b>U</b>		<b>Y</b>	
Union see also under abbreviated name		Yorke, R. v. ....	647
<b>W</b>			
Wiley, R. v. ....	263		



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique  
«Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>E</b>	
Air Canada c. M & L Travel Ltd.....	787	E. (A.W.), R. c. ....	155
Association canadienne des pilotes de lignes aériennes, Lignes aériennes Canadien Paci- fique Ltée c. ....	724	Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd. ....	206
Auto Concrete Curb Ltd. c. Société d'aménagement de la rivière Nation-Sud ....	201	Evans, R. c. ....	653
<b>B</b>		<b>F</b>	
B. (J.G.), R. c. ....	643	Finlay, R. c. ....	103
<b>C</b>		Freitas, R. c. ....	649
Canada (Conseil des relations du travail) c. Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée	724	<b>G</b>	
Canada (Conseil des relations du travail) c. Noli- sair International Inc. ....	724	Gaetz, R. c. ....	645
Canada (Conseil des relations du travail) c. Qué- becair .....	724	Gosset, R. c. ....	76
Canada (Procureur général), Rodriguez c. ....	519	Grant, R. c. ....	223
Colombie-Britannique (Procureur général), Rodri- guez c. ....	519	<b>H</b>	
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Harbottle, R. c. ....	306
Côté, R. c. ....	639	Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)	675
Creighton, R. c. ....	3	<b>L</b>	
<b>D</b>		La Reine voir aussi «R.»	
Dersch, R. c. ....	768	Leduc, R. c. ....	641
		Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Association canadienne des pilotes de lignes aériennes .....	724
		Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée, Cana- da (Conseil des relations du travail) c. ....	724

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		R. c. Côté.....	639
M & L Travel Ltd., Air Canada c.....	787	R. c. Creighton.....	3
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Dersch.....	768
Morgentaler, R. c. ....	463	R. c. E. (A.W.).....	155
		R. c. Evans.....	653
<b>N</b>		R. c. Finlay.....	103
N. D. Lea & Associates Ltd., Edgeworth Construction Ltd. c. ....	206	R. c. Freitas.....	649
Naglik, R. c. ....	122	R. c. Gaetz.....	645
Nolisair International Inc., Canada (Conseil des relations du travail) c.....	724	R. c. Gosset.....	76
		R. c. Grant.....	223
<b>O</b>		R. c. Harbottle.....	306
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province Ontario (Commission des relations de travail), Ontario Hydro c.....	327	R. c. Leduc.....	641
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail).....	327	R. c. Morgentaler.....	463
Ontario Hydro, Syndicat canadien de la fonction publique c.....	327	R. c. Naglik.....	122
Ontario (Procureur général), Hy and Zel's Inc. c.	675	R. c. Plant.....	281
Ontario (Procureur général), Paul Magder Furs Ltd. c. ....	675	R. c. Price.....	633
		R. c. Profit.....	637
		R. c. Ruiz.....	649
		R. c. Smith.....	635
		R. c. Wiley.....	263
		R. c. Yorke.....	647
		Rodriguez c. Canada (Procureur général).....	519
		Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	519
		Ruiz, R. c.....	649
<b>P</b>		<b>S</b>	
Parti national du Canada c. Société Radio-Canada	651	Slattery (Syndic de) c. Slattery.....	430
Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général).....	675	Société d'aménagement de la rivière Nation-Sud, Auto Concrete Curb Ltd. c.....	201
Plant, R. c. ....	281	Smith, R. c.....	635
Price, R. c. ....	633	Société Radio-Canada, Parti national du Canada c. ....	651
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Syndicat canadien de la fonction publique c. Ontario Hydro.....	327
Profit, R. c. ....	637	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
<b>Q</b>		<b>W</b>	
Québecair, Canada (Conseil des relations du travail) c.....	724	Wiley, R. c.....	263
<b>R</b>		<b>Y</b>	
Reine voir aussi «R.»		Yorke, R. c.....	647
R. c. B. (J.G.).....	643		

## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Air Traffic Conference v. Downtown Travel Center, Inc. ....	14 Avi. 17,172 (1976) .....	806
Air Traffic Conference of America v. Worldmark Travel, Inc. ....	15 Avi. 18,483 (1980) .....	806
Airedale N.H.S. Trust v. Bland .....	[1993] 2 W.L.R. 316 .....	598
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodif- fusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225.....	381
Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes .....	[1985] 2 C.F. 472 .....	357
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 225.....	381
Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission .....	[1985] 2 F.C. 472 .....	357
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	[1988] 1 S.C.R. 897..... 48, 364, 393 (1979), 25 O.R. (2d) 567.....	800, 829
Andrea Schmidt Construction Ltd. v. Glatt .....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	544, 631
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1978] A.C. 728 .....	218
Ann v. Merton London Borough Council.....	July 4, 1983, D.R. 33, p. 270 .....	602
Application No. 10083/82.....		
Arsenaux Canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail.....	[1979] 2 C.F. 393 .....	757
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada.....	[1939] A.C. 117 .....	482
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada.....	[1947] A.C. 503 .....	483
Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal.....	[1978] 2 S.C.R. 770.....	504
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.....	[1903] A.C. 524 .....	488
Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers.....	[1924] A.C. 328 .....	497
Attorney-General for Ontario v. Winner.....	[1954] A.C. 541 .....	374
Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada	[1949] A.C. 110 .....	486
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	504
Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Cana- da) Ltd. ....	[1961] S.C.R. 775 .....	484
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada .....	[1979] 1 S.C.R. 218.....	738
Austin v. Habitat Development Ltd. ....	(1992), 94 D.L.R. (4th) 359 .....	823

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>B</b>		
B.C. Motor Vehicle Act, Re .....	[1985] 2 S.C.R. 486..... 17, 60, 111, 409, 537, 591, 619, 630	
Baden, Delvaux & Lecuit v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France S.A.	[1983] B.C.L.C. 325 .....	811
Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.) .....	[1984] 4 W.W.R. 232.....	804
Barnes v. Addy.....	(1874), L.R. 9 Ch. App. 244.....	809
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	239
Baron v. The King .....	[1930] S.C.R. 194.....	175
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommu- nications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	745, 765
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 749..... 347, 364, 389, 486	
Belmont Finance Corp. v. William Furniture Ltd. (No. 1).....	[1979] 1 All E.R. 118.....	811
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1993] 1 S.C.R. 12.....	217
Boggs v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 49.....	489
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	112
British Columbia Power Corp. v. Attorney-General of British Columbia .....	(1963), 44 W.W.R. 65 .....	377
Brooks v. Canada Safeway Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	556
Burke v. Prince Edward Island.....	(1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356 .....	534
<b>C</b>		
Campbell v. Clough .....	(1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 .....	248
Canada Labour Code, Re.....	[1992] 2 S.C.R. 50.....	367
Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General).....	(1989), 93 N.S.R. (2d) 197 .....	470
Canadian Arsenal Ltd. v. Canada Labour Relations Board.....	[1979] 2 F.C. 393 .....	757
Canadian Broadcasting Corp. and Canadian Union of Public Employees, Broadcast Division, Re.....	(1978), 18 L.A.C. (2d) 357 .....	740
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1992] 1 S.C.R. 236.....	689, 706
Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique.....	[1977] 2 R.C.S. 504.....	482
Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia	[1977] 2 S.C.R. 504.....	482
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Sas- katchewan.....	[1978] 2 R.C.S. 545.....	376
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1978] 2 S.C.R. 545.....	376
Canadian National Railway Co. v. Courtois.....	[1988] 1 S.C.R. 868..... 347, 364, 393	
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	218
Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission.....	[1985] 3 W.W.R. 717 .....	550
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A. ....	[1988] 2 F.C. 493 .....	764

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	(1987), 61 OR. (2d) 233.....	803
Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours .....	[1899] A.C. 367.....	363
Canadian Pacific Tobacco Co. v. Stapleton.....	(1952), 86 C.L.R. 1 .....	439
Carl-Zeiss-Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2).....	[1969] 2 All E.R. 367.....	811
Carlston v. New Brunswick (Solicitor General).....	(1989), 43 C.R.R. 105 .....	611
Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board .....	[1968] S.C.R. 238 .....	482
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1979] 1 R.C.S. 42.....	358, 376, 497
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan .....	[1979] 1 S.C.R. 42.....	358, 376, 497
Central Trust Co. v. Rafuse .....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	220
Central Western Railway Corp. c. T.U.T.....	[1989] 2 C.F. 186 .....	422
Chamney v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 151.....	363, 401
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	609
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[1992] 1 S.C.R. 711.....	609
Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence).....	[1992] 2 R.C.S. 394.....	743, 759
Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal) .....	[1992] 2 S.C.R. 394.....	743, 759
Ciarlariello v. Schacter.....	[1993] 2 S.C.R. 119.....	554, 598, 630
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. ....	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	218
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons .....	(1881), 7 App. Cas. 96.....	407
City of Montreal v. Montreal Street Railway Co.....	[1912] A.C. 333 .....	362
Code canadien du travail, Re.....	[1992] 2 R.C.S. 50.....	367
Coleman v. Bucks and Oxon Union Bank .....	[1897] 2 Ch. 243 .....	812
Colet v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 2.....	239
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739 .....	35
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux).....	[1990] 2 R.C.S. 838.....	394
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission).....	[1990] 2 S.C.R. 838.....	394
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767 .....	362, 400
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	547
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois	[1988] 1 R.C.S. 868.....	347, 364, 393
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1992] 1 R.C.S. 236.....	689, 706
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754.....	412
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754.....	412
Cruzan v. Director, Missouri Health Department.....	(1990), 111 L. Ed. 2d 224 .....	598
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	593, 622
<b>D</b>		
Danson c. Ontario (Procureur général) .....	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	694, 698
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	694, 698
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	735, 754

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
De Luna v. United States .....	308 F.2d 140 (1962).....	133
Dellwo v. Pearson .....	107 N.W.2d 859 (1961) .....	67
Denison Mines Ltd. v. Attorney-General of Canada .....	[1973] 1 O.R. 797.....	379
Director of Public Prosecutions v. Newbury .....	(1976), 62 Cr. App. R. 291.....	15, 51
Diversified Holdings Ltd. v. Canada.....	[1991] 1 F.C. 595 .....	448
Division Shur Gain, Canada Packers Inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada .....	[1992] 2 C.F. 3 .....	367, 402
Durham Transport Inc. c. Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs.....	(1977), 21 N.R. 20.....	757
Durham Transport Inc. v. International Brotherhood of Teamsters	(1977), 21 N.R. 20.....	757
<b>E</b>		
Eccles v. Bourque .....	[1975] 2 S.C.R. 739.....	239
Egan and Nesbit v. Canada .....	(1993), 153 N.R. 161.....	555
<b>F</b>		
Finlay c. Canada (Ministre des Finances) .....	[1986] 2 R.C.S. 607.....	690, 708
Finlay v. Canada (Minister of Finance).....	[1986] 2 S.C.R. 607 .....	690, 708
Fonthill Lbr. Ltd. v. Bk. Montreal .....	[1959] O.R. 451 .....	812
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique.....	[1980] 1 R.C.S. 1031.....	353
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031.....	353
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	380
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port) .....	[1992] 1 S.C.R. 3.....	380
<b>G</b>		
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	373, 403
Glover c. Ministre du Revenu national.....	[1981] 2 R.C.S. 561.....	439, 457
Glover v. Minister of National Revenue.....	[1981] 2 S.C.R. 561.....	439, 457
Goodbaum and The Queen, Re .....	(1977), 38 C.C.C. (2d) 473 .....	248
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. The Queen .....	[1956] S.C.R. 303 .....	489
Gray v. Johnston .....	(1868), L.R. 3 H.L. 1 .....	812
Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia.....	(1975), 64 D.L.R. (3d) 78 .....	812
<b>H</b>		
Haig v. Bamford.....	[1977] 1 S.C.R. 466.....	214
Hedley Byrne & Co v. Heller & Partners Ltd. ....	[1964] A.C. 465 .....	214
Henry Electric Ltd. v. Farwell.....	(1986), 29 D.L.R. (4th) 481 .....	799, 829
Henry v. Hammond.....	[1913] 2 K.B. 515.....	805



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hodge v. The Queen .....	(1883), 9 App. Cas. 117 .....	486
Horsman Bros. Holdings Ltd. v. Panton & Panton .....	[1976] 3 W.W.R. 745 .....	818, 829
Howlett v. Karunaratne .....	(1988), 64 O.R. (2d) 418 .....	611
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	238, 291, 575, 778
<b>I</b>		
International Sales and Agencies Ltd. v. Marcus .....	[1982] 3 All E.R. 551 .....	811
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	484, 563, 700
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	484, 563, 700
<b>J</b>		
Janzen v. Platy Enterprises Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1252 .....	556
Johnson v. Attorney General of Alberta .....	[1954] S.C.R. 127 .....	505
<b>K</b>		
Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2) .....	[1972] 1 All E.R. 1210 .....	811
Katz v. United States .....	389 U.S. 347 (1967) .....	291
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[1991] 2 R.C.S. 779 .....	592
Kindler v. Canada (Minister of Justice) .....	[1991] 2 S.C.R. 779 .....	592
Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec .....	[1968] S.C.R. 172 .....	763
<b>L</b>		
Ladore v. Bennett .....	[1939] A.C. 468 .....	496
Laforet v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 869 .....	152
Latour v. The King .....	[1951] S.C.R. 19 .....	139, 150
Lee v. Sankey .....	(1873), L.R. 15 Eq. 204 .....	811
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers .....	[1975] 1 S.C.R. 178 .....	365
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A. ....	[1988] 2 C.F. 493 .....	764
Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. ....	[1992] 4 All E.R. 331 .....	813
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 S.C.R. 299 .....	211, 216
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia .....	[1959] S.C.R. 497 .....	489
Luscar Collieries Ltd. v. McDonald .....	[1925] S.C.R. 460 .....	370
<b>M</b>		
M. A. Hanna Co. v. Provincial Bank of Canada .....	[1935] S.C.R. 144 .....	804
MacDonald v. Hauer .....	(1976), 72 D.L.R. (3d) 110 .....	816, 829
MacIlreith v. Hart .....	(1908), 39 S.C.R. 657 .....	705

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	693, 698
Malette v. Shulman.....	(1990), 72 O.R. (2d) 417.....	559, 598
McEachern v. Royal Bank.....	(1990), 78 Alta. L.R. (2d) 158.....	804
McErlean v. Sarel.....	(1987), 61 O.R. (2d) 396.....	66
McInerney c. MacDonald.....	[1992] 2 R.C.S. 138.....	778
McTavish and Director, Child Welfare Act, Re.....	(1986), 32 D.L.R. (4th) 394.....	611
Mezzo v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 802.....	177, 193
Minister of Justice of Canada v. Borowski.....	[1981] 2 S.C.R. 575.....	689, 704
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski.....	[1981] 2 R.C.S. 575.....	689, 704
Montagu's Settlement Trusts, In re.....	[1987] Ch. 264.....	808
Morales Travel Agency, In re.....	667 F.2d 1069 (1981).....	806
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	469
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	406
Myrta Forastieri v. Eastern Air Lines, Inc. ....	18 Avi. 17,145 (1983).....	800
 N  		
Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec.....	(1992), 86 D.L.R. (4th) 385.....	560, 598
Nelles v. Ontario.....	[1989] 2 S.C.R. 170.....	571
Nelson v. State.....	58 Ga. App. 243 (1938).....	52
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 733.....	350
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en com- munication du Canada.....	[1983] 1 R.C.S. 733.....	350
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada.....	[1980] 1 S.C.R. 115.....	350, 375, 413
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada.....	[1980] 1 R.C.S. 115.....	350, 375, 413
Nova Scotia (Attorney General) v. Morgentaler.....	(1989), 64 D.L.R. (4th) 297.....	472
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil.....	[1976] 2 S.C.R. 265.....	689, 704
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil.....	[1978] 2 S.C.R. 662.....	498
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	445, 457
 O  		
O'Grady v. Sparling.....	[1960] S.C.R. 804.....	498
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.....	(1989), 71 O.R. (2d) 513.....	686
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.....	(1991), 5 O.R. (3d) 560.....	687
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.....	(1991), 6 O.R. (3d) 188.....	686
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.....	(1992), 10 O.R. (3d) 46.....	686
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	547
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	244, 573
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	244, 573
Oshawa Group Ltd. c. Procureur général de l'Ontario.....	[1991] 3 R.C.S. x.....	687, 696
Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario.....	[1991] 3 S.C.R. x.....	687, 696

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>P</b>		
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759.....	634
Park v. The Queen .....	[1981] 2 S.C.R. 64.....	666
Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada .....	(1991), 2 O.R. (3d) 65.....	687, 696
Penn Central Transportation Co., In re.....	328 F.Supp. 1278 (1971).....	807
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	61
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307.....	504
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal.....	[1978] 2 R.C.S. 770.....	504
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada .....	[1979] 1 R.C.S. 218.....	738
Pronto Uranium Mines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board....	[1956] O.R. 862.....	351, 379, 426
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada .....	[1931] A.C. 310.....	488
<b>Q</b>		
Quebec Railway Light & Power Co. v. Town of Beauport.....	[1945] S.C.R. 16.....	399
<b>R</b>		
R. v. Adkins .....	(1987), 39 C.C.C. (3d) 346.....	15, 43
R. v. Amway Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 21.....	752
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	643
R. v. Aspinall .....	(1876), 2 Q.B.D. 48.....	51
R. v. Atikian .....	(1990), 62 C.C.C. (3d) 357.....	135
R. v. B.(F.F.) .....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	186
R. v. B.(G.).....	[1990] 2 S.C.R. 30.....	179, 194
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	661
R. v. Barbeau.....	[1992] 2 S.C.R. 845.....	189
R. v. Barrow .....	[1987] 2 S.C.R. 694.....	191
R. v. Batalha.....	(1982), 70 C.C.C. (2d) 190.....	91
R. v. Bean.....	(1971), 55 Cr. App. R. 199.....	132
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	593, 622
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	482, 545, 699
R. v. Black and Mackie .....	[1966] 3 C.C.C. 187.....	320
R. v. Blakeman.....	(1988), 48 C.R.R. 222.....	610
R. v. Boss .....	(1988), 46 C.C.C. (3d) 523.....	133
R. v. Bovill .....	(1986), 78 Sask. R. 14.....	108
R. v. Bowles .....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 540.....	164
R. v. Boyd .....	(1953), 105 C.C.C. 146.....	173
R. v. Brick .....	(1989), 19 M.V.R. (2d) 158.....	256, 782
R. v. Brooks .....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 157.....	54
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	781
R. v. Buxbaum .....	(1989), 70 C.R. (3d) 20.....	180

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Carter .....	[1982] 1 S.C.R. 938.....	668
R. v. Cato .....	(1975), 62 Cr. App. R. 41.....	51
R. v. Cave.....	Unreported/Inédit, B.C. Prov. Ct. Quesnel, No. 14705, December 13, 1992.....	294
R. v. Chambers.....	[1990] 2 S.C.R. 1293.....	191
R. v. Chapman.....	(1958), 29 C.R. 168.....	173
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	564
R. v. Chiasson .....	(1982), 39 N.B.R. (2d) 631.....	498
R. v. Church .....	(1965), 49 Cr. App. R. 206.....	15
R. v. City of Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	59, 111
R. v. Cole .....	(1981), 64 C.C.C. (2d) 119.....	51
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265... 231, 272, 300, 778, 780	
R. v. Collins .....	(1989), 48 C.C.C. (3d) 343.....	271
R. v. Creighton .....	[1993] 3 S.C.R. 3.....	89, 102, 143, 148, 149
R. v. Crick.....	(1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835.....	72
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd. ....	[1988] 1 S.C.R. 401.....	351, 379, 404
R. v. Cuff.....	(1989), 49 C.C.C. (3d) 65.....	133
R. v. D. (I.D.).....	(1987), 38 C.C.C. (3d) 289.....	242
R. v. Debot .....	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	275, 297
R. v. Degg .....	(1981), 58 C.C.C. (2d) 387.....	140
R. v. DeMarco.....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 369.....	150
R. v. Derkosh .....	(1979), 52 C.C.C. (2d) 252.....	91
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	18, 38, 42, 144
R. v. Dixon.....	(1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516.....	51
R. v. Dollan and Newstead.....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 240.....	321
R. v. Donaldson.....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 294.....	253, 298
R. v. Duarte .....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	292
R. v. Duguay .....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	256, 278
R. v. Durham.....	(1992), 10 O.R. (3d) 596.....	115
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	291, 301, 778, 784
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	482, 573, 684, 700
R. v. Farrant .....	[1983] 1 S.C.R. 124.....	323
R. v. Ferber.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 157.....	663, 672
R. v. Ferrara .....	(1971), 55 Cr. App. R. 199.....	132
R. v. Fiedler.....	Unreported/Inédit, B.C. Prov. Ct., Decem- ber 14, 1990.....	269
R. v. Finlay.....	[1993] 3 S.C.R. 103.....	53, 93
R. v. Fraser .....	(1984), 16 C.C.C. (3d) 250.....	51
R. v. Garofoli .....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	251, 274
R. v. Gauthier.....	[1977] 1 S.C.R. 441.....	665
R. v. Genest.....	[1989] 1 S.C.R. 59.....	246
R. v. Gosset .....	[1993] 3 S.C.R. 76.....	26, 37, 60, 117, 120, 142, 148
R. v. Gould.....	(1958), 122 C.C.C. 253.....	173
R. v. Gourgon and Knowles (No. 1).....	(1979), 9 C.R. (3d) 313.....	321
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	265, 285

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	256, 278
R. v. Hallett.....	[1969] S.A.S.R. 141.....	323
R. v. Harder.....	[1956] S.C.R. 489.....	315
R. v. Harris.....	(1953), 105 C.C.C. 301.....	175
R. v. Hart.....	(1914), 10 Cr. App. R. 176.....	173
R. v. Hawke.....	(1975), 22 C.C.C. (2d) 19.....	172
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	779
R. v. Hicklin.....	(1868), L.R. 3 Q.B. 360.....	51
R. v. Hill.....	[1986] 1 S.C.R. 313.....	64
R. v. Hundal.....	[1993] 1 S.C.R. 867... 18, 37, 59, 90, 115, 142	142
R. v. Jacoy.....	[1988] 2 S.C.R. 548.....	233
R. v. James.....	(1945), 83 C.C.C. 369.....	173
R. v. Jobidon.....	[1991] 2 S.C.R. 714.....	560
R. v. Kokesch.....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	230, 269, 289
R. v. Kirkness.....	[1990] 3 S.C.R. 74.....	318
R. v. L. (S.R.).....	(1992), 11 O.R. (3d) 271.....	21
R. v. Langdon.....	(1992), 74 C.C.C. (3d) 570.....	256
R. v. Larkin.....	[1943] 1 All E.R. 217.....	15, 43
R. v. Lelievre.....	[1962] O.R. 522.....	15, 51
R. v. Leveque.....	[1992] 5 W.W.R. 391.....	140
R. v. Lewis.....	(1903), 7 C.C.C. 261.....	135
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	53
R. v. Logan.....	[1990] 2 S.C.R. 731.....	322
R. v. Lowden.....	(1981), 27 A.R. 91.....	804
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	593
R. v. MacEwen.....	(1978), 39 C.C.C. (2d) 523.....	173
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	19, 46, 322
R. v. Mathieu.....	[1967] 3 C.C.C. 237.....	175
R. v. Mazurek.....	(1989), 15 M.V.R. (2d) 80.....	782
R. v. McGill.....	(1986), 15 O.A.C. 266.....	321
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	239, 457
R. v. Meddoui.....	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345.....	781
R. v. Mellenthin.....	[1992] 3 S.C.R. 615.....	241, 782
R. v. Mercure.....	[1988] 1 S.C.R. 234.....	484
R. v. Minhas.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 193.....	666
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.... 469, 533, 584, 617, 630	630
R. v. Morgentaler.....	[1993] 1 S.C.R. 462.....	479
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	100
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	643
R. v. Multiform Manufacturing Co.....	[1990] 2 S.C.R. 624.....	231
R. v. Munro and Munro.....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 260.....	321
R. v. Naglik.....	[1993] 3 S.C.R. 122.....	37, 61
R. v. Nishikihama.....	Unreported/Inédit, B.C.S.C. New Westminster, No. X02971, November 14, 1991.....	233
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society.....	[1992] 2 S.C.R. 606.....	113
R. v. O'Brien.....	[1978] 1 S.C.R. 591.....	662

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	558
R. v. Pohoretsky .....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	777
R. v. Paradis & Farley Inc.....	[1942] S.C.R. 10.....	204
R. v. Paré.....	[1987] 2 S.C.R. 618.....	318
R. v. Picard, Ex parte International Longshoremen's Association, Local 375.....	(1967), 65 D.L.R. (2d) 658 .....	375
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	265
R. v. Pressley.....	(1948), 7 C.R. 342.....	173
R. v. R. (D.J.).....	(1991), 7 C.R. (4th) 300.....	181
R. v. Rao.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97.....	238
R. v. Reburn .....	(1980), 55 C.C.C. (2d) 419 .....	666
R. v. Reid .....	[1992] 3 All E.R. 673.....	95
R. v. Rodney.....	[1990] 2 S.C.R. 687.....	321
R. v. Rogers.....	[1968] 4 C.C.C. 278 .....	72
R. c. Royaume-Uni.....	le 4 juillet 1983, D.R. 33, p 270 .....	602
R. v. Sansregret .....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	59
R. v. Schrager .....	(1911), 6 Cr. App. R. 253.....	173
R. v. Schwartz .....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	116
R. v. Seaboyer .....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	574
R. v. Serné.....	(1887), 16 Cox 311 .....	51
R. v. Sherratt .....	[1991] 1 S.C.R. 509.....	177, 193
R. v. Simmons .....	[1988] 2 S.C.R. 495.....	239
R. v. Sismey .....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 281 .....	253
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	609
R. v. Steele .....	(1952), 102 C.C.C. 273 .....	135
R. v. Stolar .....	[1988] 1 S.C.R. 480.....	634
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	246
R. v. Sullivan.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 62.....	72
R. v. Swain .....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	546, 591, 616
R. v. Tennant .....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 80.....	15, 43
R. v. Thatcher.....	[1987] 1 S.C.R. 652.....	315
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	254
R. v. Thomsen .....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	779
R. v. Thérroux .....	[1993] 2 S.C.R. 5.....	53
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	177, 193, 546
R. v. Tutton.....	[1989] 1 S.C.R. 1392.....	15, 37, 71, 94, 108, 140
R. v. United Kingdom .....	July 4, 1983, D.R. 33, p. 270 .....	602
R. v. Vaillancourt .....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	17, 108, 140
R. c. Ville de Sault Ste-Marie .....	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	59
R. v. W.(D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	134, 153
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	178, 193
R. v. Waite.....	[1989] 1 S.C.R. 1436.....	16
R. v. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 S.C.R. 154.....	37, 53, 114, 700
R. v. Whyte .....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	484
R. v. Wickham.....	(1971), 55 Cr. App. R. 199.....	132

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Wiley .....	(1991), 9 B.C.A.C. 271 .....	233
R. v. Wiley .....	[1993] 3 S.C.R. 263.....	284
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	241
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	292
R. v. Woods and Gruener .....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 220 .....	321
R. v. Yebes .....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	178, 193
Reference re Alberta Statutes .....	[1938] S.C.R. 100.....	513
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	379, 423, 483
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	17, 60, 111, 409, 537, 591, 619, 630
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	375
Reference re Disallowance and Reservation.....	[1938] S.C.R. 71 .....	371
Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act.....	(1985), 44 Sask. R. 104.....	498
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529 .....	348, 364, 400
Reference re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour .....	[1925] S.C.R. 505 .....	365
Reference re Residential Tenancies Act, 1979 .....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	483
Reference re Resolution to Amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	372, 404
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	534, 584, 619
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	[1984] 1 S.C.R. 297.....	358, 484
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act ...	[1949] S.C.R. 1 .....	489
Reference re Waters and Water-Powers .....	[1929] S.C.R. 200.....	370, 397
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	17, 60, 111, 409, 537, 591, 619, 630
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.) .....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	534, 584, 619
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation .....	[1976] 2 R.C.S. 373.....	379, 423, 483
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle .....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	483
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	358, 484
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	375
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution .....	[1981] 1 R.C.S. 753.....	372, 404
Requête n° 10083/82.....	le 4 juillet 1983, D.R. 33, p 270 .....	602
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool) .....	[1987] 2 R.C.S. 59.....	495
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board).....	[1987] 2 S.C.R. 59.....	495
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	573
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario .....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	573
Rutledge v. State .....	41 Ariz. 48 (1932).....	52

## S

Salamon v. The Queen.....	[1959] S.C.R. 404.....	65
Saumur v. City of Quebec .....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	483
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	243, 538
Schneider v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 112.....	490
Scott v. Riehl.....	(1958), 15 D.L.R. (2d) 67 .....	816, 829

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	495
Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3).....	[1968] 2 All E.R. 1073.....	808
Severn v. The Queen.....	(1878), 2 S.C.R. 70.....	372
Shields v. Bank of Ireland.....	[1901] 1 I.R. 222.....	812
Shur Gain Division, Canada Packers Inc. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada.....	[1992] 2 F.C. 3.....	367, 402
Smith v. Attorney General of Ontario.....	[1924] S.C.R. 331.....	694, 702
Smith v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 776.....	498
Smithers v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 506.....	324, 51
Soar v. Ashwell.....	[1893] 2 Q.B. 390.....	811
Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre.....	(1983), 6 C.R.R. 368.....	610
Starr v. Houlden.....	[1990] 1 S.C.R. 1366.....	482
Steinberg v. The King.....	[1931] S.C.R. 421.....	185
Stephens v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 823.....	3498
Stephens Travel Service International Pty. Ltd. v. Qantas Airways Ltd.....	(1988), 13 N.S.W.L.R. 331.....	804
Stoffman c. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 R.C.S. 483.....	776
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	482
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail.....	[1984] 2 R.C.S. 412.....	741, 753
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board.....	[1984] 2 S.C.R. 412.....	741, 753
<b>T</b>		
Tank Truck Transport Ltd., Re.....	(1960), 25 D.L.R. (2d) 161.....	377
Temar Construction Ltd. v. West Hill Redevelopment Co. ....	(1986), 21 C.L.R. 156.....	204
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	565, 614
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	565, 614
Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia.....	[1960] S.C.R. 713.....	480
The King v. Eastern Terminal Elevator Co.....	[1925] S.C.R. 434.....	387
The Queen v. Thumlert.....	(1959), 20 D.L.R. (2d) 335.....	363, 398
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425... 110, 239, 294, 303, 593	
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425... 110, 239, 294, 303, 593	
Thorson c. Procureur général du Canada.....	[1975] 1 R.C.S. 138.....	689, 704
Thorson v. Attorney General of Canada.....	[1975] 1 S.C.R. 138.....	689, 704
Toronto Electric Commissioners v. Snider.....	[1925] A.C. 396.....	411
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	553
Tremblay v. Séguin.....	[1980] C.A. 15.....	738



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Trilec Installations Ltd. v. Bastion Construction Ltd. ....	(1982), 135 D.L.R. (3d) 766 .....	819, 829
Tucker v. Commonwealth .....	303 Ky. 864 (1947) .....	52

## U

U.E.S., Local 298 v. Bibault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	735, 753
Ungaro v. The King .....	[1950] S.C.R. 430.....	176
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden .....	[1899] A.C. 580 .....	481
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada .....	[1975] 1 R.C.S. 178.....	365
United States v. Miller .....	425 U.S. 435 (1976).....	293
United States v. Robertson .....	19 C.M.R. 102 (1955) .....	52

## V

Vaughan v. Menlove .....	(1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490 ...	70
Vermont Construction Inc. v. Beatson .....	[1977] 1 S.C.R. 758.....	204
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	133
Vézina v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 2.....	191

## W

Walter v. Attorney General of Alberta.....	[1969] S.C.R. 383 .....	487
Wawanesa Mutual Insurance Co. v. J. A. (Fred) Chalmers & Co. .....	(1969), 7 D.L.R. (3d) 283 .....	799
Weatherall c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 C.F. 369 .....	611
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 F.C. 369 .....	611
Westendorp v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 43.....	495
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	481
Wildman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 311.....	189
Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co. ....	[1922] 1 A.C. 202.....	363



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, preamble		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 18.....	327	s. 155.....	155
		s. 214(5).....	306
<b>B</b>			
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 38(1).....	430	s. 86(2).....	76, 103
s. 69(1).....	430	s. 159(1).....	155
s. 163.....	430	s. 215.....	122
		s. 222(5)(a).....	3
		s. 241(b).....	519
		s. 322.....	635
		s. 487.....	223
		s. 682(1).....	155
		s. 686(1)(a)(i).....	155
		s. 686(1)(b)(iii).....	639
<b>C</b>			
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1			
s. 118.....	724		
s. 121.....	724		
Canadian Charter of Rights and Freedoms			
s. 1.....	519, 768		
s. 7.....	3, 103, 122, 519		
s. 8.....	223, 263, 281, 768		
s. 11(b).....	643		
s. 12.....	519		
s. 15(1).....	519		
s. 24.....	768		
s. 24(1).....	519		
s. 24(2).....	223, 263, 281, 519, 647		
s. 32(1).....	768		
Constitution Act, 1867			
s. 91.....	327		
s. 91(27).....	463		
s. 91(29).....	327		
s. 92(10(c)).....	327		
Constitution Act, 1982			
s. 52(1).....	519		
		<b>I</b>	
		Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
		s. 160(1).....	430
		s. 107(e).....	430
		s. 222.....	430
		s. 223(3).....	430
		s. 223(5).....	430
		s. 224.1.....	430
		s. 224(1.2).....	430
		s. 225(1).....	430
		s. 238.....	430
		s. 239.....	430
		s. 241(1)(a).....	430
		s. 241(1)(b).....	430
		s. 241(1)(c).....	430
		s. 241(2)(a).....	430
		s. 241(2)(b).....	430
		s. 241(3).....	430
		s. 241(4)(c).....	430

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		s. 12.....	223, 263
Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281			
ss. 2 to 8 .....	463		
Medical Services Designation Regulation, N.S.		<b>R</b>	
Reg. 152/89.....	463	Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453	
		s. 1(1)(a) .....	675
		s. 2(1).....	675
		s. 2(2).....	675
		s. 7(1).....	675
		s. 7(2).....	675
<b>N</b>			
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1			
s. 10.....	223, 263, 281		

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<b>Charte canadienne des droits et libertés</b>			
art. 1 .....	519, 768	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 7 .....	3, 103, 122, 519	art. 52(1) .....	519
art. 8 .....	223, 263, 281, 768	<b>Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72,</b>	
art. 11b).....	643	ch. 63	
art. 12 .....	519	art. 160(1) .....	430
art. 15(1) .....	519	art. 107e).....	430
art. 24 .....	768	art. 222 .....	430
art. 24(1) .....	519	art. 223(3) .....	430
art. 24(2) .....	223, 263, 281, 519, 647	art. 223(5) .....	430
art. 32(1) .....	768	art. 224.1 .....	430
<b>Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1</b>		art. 224(1.2) .....	430
art. 118 .....	724	art. 225(1) .....	430
art. 121 .....	724	art. 238 .....	430
<b>Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46</b>		art. 239 .....	430
art. 86(2) .....	76, 103	art. 241(1a) .....	430
art. 159(1) .....	155	art. 241(1b) .....	430
art. 215 .....	122	art. 241(1c) .....	430
art. 222(5)a) .....	3	art. 241(2a) .....	430
art. 241b).....	519	art. 241(2b) .....	430
art. 322 .....	635	art. 241(3) .....	430
art. 487 .....	223	art. 241(4c) .....	430
art. 682(1) .....	155	<b>Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3</b>	
art. 686(1)a)(i) .....	155	art. 38(1) .....	430
art. 686(1)b)(iii).....	639	art. 69(1) .....	430
<b>Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34</b>		art. 163 .....	430
art. 155 .....	155	<b>Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C.</b>	
art. 214(5) .....	306	(1985), ch. A-16, préambule	
<b>L</b>			
<b>Loi constitutionnelle de 1867</b>		art. 18 .....	327
art. 91 .....	327	<b>Loi sur les jours fériés dans le commerce de</b>	
art. 91(27) .....	463	détail, L.R.O. 1980, ch. 453	
		art. 1(1)a) .....	675
		art. 2(1) .....	675
		art. 2(2) .....	675
		art. 7(1) .....	675
		art. 7(2) .....	675

	PAGE		PAGE
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1		Medical Services Designation Regulation, N.S.	
art. 10.....	223, 263, 281	Reg. 152/89.....	463
art. 12.....	223, 263		

### M

Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281	
art. 2 à 8 .....	463

## AUTHORS CITED

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 <i>U.T.L.J.</i> 487 .....	497
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf)....	414, 740
Association médicale canadienne. <i>Code de déontologie</i> .....	785
Beatty, David M. <i>Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code</i> . Kingston: McGill-Queen's University Press, 1987.....	415
Binchy, William. "The Adult Activities Doctrine in Negligence Law" (1985), 11 <i>Wm. Mitchell L. Rev.</i> 733	67
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , Livre IV. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.....	43, 596
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. IV, Oxford: Clarendon Press, 1769 .....	43, 596
Bohémier, Albert. <i>Faillite et Insolvabilité</i> , t. 1. Montréal: Thémis, 1992 .....	450
Briggs, Adrian. "In Defence of Manslaughter", [1983] <i>Crim. L.R.</i> 764.....	48
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Civil Litigation in the Public Interest</i> . LRC 46. Vancouver: 1980 .....	703
Brown, D. Scott. "Bankruptcy and Income Tax: A Revenue Canada Perspective" in <i>1990 Conference Report: Report of Proceedings of the Forty-Second Tax Conference</i> . Canadian Tax Foundation, 1991	453
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990 .....	403
Burbidge, George Wheelock. <i>A Digest of the Criminal Law of Canada</i> . Toronto: Carswell, 1890 .....	43, 597
Cairns, Robert D., Marsha A. Chandler and William D. Moull. "Constitutional Change and the Private Sector: The Case of the Resource Amendment" (1986), 24 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 299 .....	410
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 28. <i>Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982.....	566, 595, 624
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 46. <i>L'omission, la négligence et la mise en danger</i> . Ottawa: La Commission, 1985.....	90
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 53. <i>La pollution en milieu de travail</i> . Ottawa: La Commission, 1986.....	115
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 20. <i>Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1983 .....	600
Canada. Law Reform Commission. Report 20. <i>Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.....	600

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 28. <i>Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982 .....	566, 595, 624
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 46. <i>Omissions, Negligence and Endangering</i> . Ottawa: The Commission, 1985 .....	90
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 53. <i>Workplace Pollution</i> . Ottawa: The Commission, 1986 .....	115
Canadian Medical Association. <i>Code of Ethics</i> .....	785
Chabot, Marc. <i>Faillite et Insolvabilité</i> . Sillery, Québec: Presses de l'Université du Québec, 1987.....	450
Colombie-Britannique. Commission de réforme du droit. <i>Report on Civil Litigation in the Public Interest</i> . LRC 46. Vancouver: 1980 .....	703
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991 .....	28, 94, 315
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 560 .....	594, 619
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990 .....	761
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991 ...	761
Cromwell, Thomas A. <i>Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1986 .....	703
Csik, B. J. "International Guidance on the Qualifications of Nuclear Power Plant Operations Personnel". In <i>Operational Safety of Nuclear Power Plants</i> , vol. II. Vienna: International Atomic Energy, 1984, 315	347
Del Buono, Vincent M. "The Right to Appeal in Indictable Cases; A Legislative History" (1978), 16 <i>Alta. L. Rev.</i> 446 .....	168
Depaule, Léon. "Le droit à la mort: rapport juridique" (1974), 7 <i>Human Rights Journal</i> 464 .....	596
Depaule, Léon. "Le droit à la mort: rapport juridique" (1974), 7 <i>Revue des droits de l'homme</i> 464 .....	596
<i>Dictionnaire de la langue française</i> . Paris: Larousse, 1989, "traits" .....	446
Dorsey, James E. <i>Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice</i> . Toronto: Carswell, 1983....	758
Duff, R. A. <i>Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law</i> . Oxford: Basil Blackwell, 1990 .....	93
Dworkin, Ronald. <i>Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom</i> . New York: Knopf, 1993 .....	560, 585
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.....	212
Fletcher, George P. "The Individualization of Excusing Conditions" (1974), 47 <i>S. Cal. L. Rev.</i> 1269.....	61
Fruchtman, Earl. "Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism" (1986-1987), 29 <i>Crim. L.Q.</i> 421 .....	26
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 1986, "audience", "procédure" .....	762
Guillon, Claude, et Yves Le Bonniec. <i>Suicide, mode d'emploi: histoire, technique, actualité</i> . Paris: A. Moreau, 1982 .....	604
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 4, 4th ed. London: Butterworth .....	204
Hanssen, Kenneth. "The Federal Declaratory Power Under the British North America Act" (1968-69), 3 <i>Man. L.J.</i> 87 .....	398
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	444
Hart, H. L. A. "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility". In <i>Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1968 .....	26, 62



Hawley, Donna Lea. <i>Canadian Firearms Law</i> . Toronto: Butterworths, 1988.....	90
Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 20th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.....	71
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf) .....	376, 397, 482
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992 .....	698, 703
Hogg, Peter W. "The Charter of Rights and American Theories of Interpretation" (1987), 25 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 87 .....	409
Holmes, Oliver Wendell. <i>The Common Law</i> . Boston: Little, Brown, 1881 .....	63
Houlden, L. W. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , 3rd ed. By L. W. Houlden and C. H. Morawetz. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf) .....	450
Hudson, Alfred Arthur. <i>Hudson's Building and Engineering Contracts</i> , 10th ed. By I. N. Duncan Wallace. London: Sweet & Maxwell, 1970.....	204
IAEA <i>Yearbook 1992</i> . Vienna: International Atomic Energy Agency, 1992.....	346
Keyserlingk, Edward W. <i>Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit</i> . Document d'étude pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979 .....	606
Keyserlingk, Edward W. <i>Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine and Law</i> . A study written for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979 .....	606
LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 2. St. Paul, Minn: West Publishing, 1986 .....	52
La Forest, Gérard V., and Associates. <i>Water Law in Canada: The Atlantic Provinces</i> . Ottawa: Information Canada, 1973 .....	377
Lagarde, I. <i>Droit pénal canadien</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Wilson & Lafleur, 1974 .....	176
Lajoie, Andrée. <i>Le pouvoir déclaratoire du Parlement: Augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1969 .....	397
Laskin, Bora. "Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?" (1955), 11 <i>U.T.L.J.</i> 114 .....	481
Laskin's <i>Canadian Constitutional Law</i> , vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986 .....	349, 363, 398
<i>Le Robert Méthodique</i> . Paris: Le Robert, 1988, "avoir trait à" .....	446
Lederman, W. R. "The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada" (1965). Reprinted in Lederman, <i>Continuing Canadian Constitutional Dilemmas</i> . Toronto: Butterworths, 1981, 266 .....	497
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988 .....	70
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.....	71
Martin, G. A. "Case Comment on <i>R. v. Larkin</i> " (1943), 21 <i>Can. Bar Rev.</i> 503 .....	51
McConnell, Moira L. "'Even by Commonsense Morality': <i>Morgentaler, Borowski</i> and the Constitution of Canada" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 765 .....	505
McConnell, Moira L., and Lorene Clark. "Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern" (1991), 14 <i>Dalhousie L.J.</i> 81 .....	479
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 4th ed. Edited by John William Strong. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992 .....	663, 671

McLachlin, Beverley M. and Wilfred J. Wallace. <i>The Canadian Law of Architecture and Engineering</i> . Toronto: Butterworths, 1987.....	204
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985 .....	315
Moull, William D. "The Legal Effect of the Resource Amendment — What's New in Section 92A". In J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, <i>Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources</i> . Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1985, 33 .....	410
Note. "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance" (1992), 105 <i>Harv. L. Rev.</i> 2021	606
Nova Scotia. House of Assembly. <i>Debates and Proceedings</i> (March 16, 1989) .....	500
O'Halloran, C. H. "Development of the Right of Appeal in England in Criminal Cases" (1949), 27 <i>Can. Bar Rev.</i> 153 .....	167
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on the Law of Standing</i> . Toronto: Ministère du Procureur général, 1989 .....	713
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Standing</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1989 .....	703
Otlowski, Margaret. "Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System" (1993), 17 <i>Crim. L.J.</i> 10 .....	602
Penrose, Mary Margaret. "Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow" (1993), 20 <i>Pepp. L. Rev.</i> 689.....	604
Pepin, René. "Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique" (1988), 19 <i>R.G.D.</i> 865 .....	504
Pettit, Philip H. <i>Equity and the Law of Trusts</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1989.....	809
Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating <i>Mens Rea</i> to the Crime" (1980), 30 <i>U.T.L.J.</i> 75 ...	31
Popple, A. E. "Magistrate's report to Court of Appeal" (1961), 35 <i>C.R.</i> 56 .....	166
Rauf, M. Naeem. "The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?" (1987), 30 <i>Crim. L.Q.</i> 73.....	65
Scott, F. R. <i>Civil Liberties and Canadian Federalism</i> . Toronto: University Press, 1959.....	481
Scott, Kenneth E. "Standing in the Supreme Court -- A Functional Analysis" (1973), 86 <i>Harv. L. Rev.</i> 645	698
Shaffer, Catherine D. "Criminal Liability for Assisting Suicide" (1986), 86 <i>Colum. L. Rev.</i> 348.....	604
Somerville, Margaret A. "Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law" (1986), 36 <i>U.T.L.J.</i> 286	560
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. 1. London: MacMillan & Co., 1883 .....	167
Strayer, Barry L. <i>The Canadian Constitution and the Courts</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.....	709
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.....	26, 58
Sullivan, Ruth. "Strangers to the Trust", [1986] <i>Est. &amp; Tr. Q.</i> 217 .....	809
<i>The Pocket Oxford Dictionary</i> , 7th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1984, "relation"	446
Toope, Stephen J., and Alison L. Young. "The Confidentiality of Tax Returns Under Canadian Law" (1982), 27 <i>McGill L.J.</i> 479 .....	443, 457
<i>Tremear's Annotated Criminal Code</i> , 6th ed. By Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell, 1964 .....	170
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988 .....	589
Underhill, Sir Arthur. <i>Law Relating to Trusts and Trustees</i> , 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.....	809
Velasquez, Manuel G. "Defining Suicide" (1987), 3 <i>Issues in Law &amp; Medicine</i> 37 .....	596
Waters, Donovan W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.....	799

DOCTRINE CITÉE

xxxix  
PAGE

Watson, Jack. "Blood samples: Are they Real or Not?" (1990), 2 <i>J.M.V.L.</i> 173.....	781
Williams, Glanville. <i>The Sanctity of Life and the Criminal Law</i> . New York: Knopf, 1957.....	597

**Hy and Zel's Inc., et al.** *Appellants*

v.

**The Attorney General for Ontario** *Respondent*

and between

**Paul Magder Furs Limited, et al.** *Appellants*

v.

**The Attorney General for Ontario** *Respondent*

INDEXED AS: HY AND ZEL'S INC. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL); PAUL MAGDER FURS LTD. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

File Nos.: 22556, 22559.

1993: February 25; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Practice — Standing — Act defining holiday and restricting shopping on those defined holidays — Corporate Charter challenge alleging infringement of freedom of religion following convictions for breach of Act — Declaration sought that Act unconstitutional — Application stayed pending decision in similar case but brought on following finding of constitutionality — Constitutional questions querying whether freedom of religion infringed and, if so, whether infringement justified — Whether corporations had standing to seek declaration of unconstitutionality — Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1)(a), 2(2), 8(1), (2).*

The *Retail Business Holidays Act* restricts holiday shopping and defines "holiday". The Act has been

**Hy and Zel's Inc. et autres** *Appellants*

c.

<sup>a</sup> **Le procureur général de l'Ontario** *Intimé*

et entre

<sup>b</sup>

**Paul Magder Furs Limited et autres** *Appellants*

<sup>c</sup> c.

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

<sup>d</sup> RÉPERTORIÉ: HY AND ZEL'S INC. c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL); PAUL MAGDER FURS LTD. c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N<sup>os</sup> du greffe: 22556, 22559.

<sup>e</sup> 1993: 25 février; 1993: 21 octobre.

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

<sup>f</sup>

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

*Pratique — Qualité pour agir — Loi définissant les jours fériés et limitant le magasinage pendant ces jours fériés — Contestation fondée sur la Charte dans laquelle des personnes morales allèguent qu'une atteinte à la liberté de religion résulte de déclarations de culpabilité pour violation de la Loi — Requête visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle — Requête suspendue en attendant qu'une décision soit rendue dans une affaire semblable, puis déposée à la suite d'une constatation de constitutionnalité — Questions constitutionnelles visant à déterminer s'il y a eu atteinte à la liberté de religion et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée — Les personnes morales ont-elles qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité? — Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453, art. 1(1), 2(2), 8(1), (2).*

<sup>j</sup>

La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* limite le magasinage les jours fériés et définit l'expres-

defied by many retailers, notwithstanding a finding of constitutional validity, and each amendment subsequent to this finding has been seen as dealing a fatal blow to its constitutionality.

The Attorney General for Ontario applied under s. 8<sup>a</sup> of the *Retail Business Holidays Act* for an order requiring Paul Magder Furs Ltd. and two other retailers to close on the following Sunday (Christmas Eve), Christmas Day, and Boxing Day. In response, Paul Magder Furs Ltd., together with some 30 employees not named in the s. 8 application, brought a civil application in the High Court against the Attorney General (the "Magder application") requesting declarations that s. 2(2) of the Act was unconstitutional and that the employee applicants had a right to work on the holidays stated in the Act. The Magder application requested a hearing at the same time as the s. 8 application and relied on the material filed in the Attorney General's s. 8 application. An interim s. 8 order requiring Paul Magder Furs Ltd. to close on holidays as defined in the Act was granted given that firm's deliberate and persistent breaches of the Act. The Ontario Court of Appeal quashed an appeal of the interim order on jurisdictional grounds and adjourned *sine die* an appeal from a finding of contempt which was made when the firm remained open in violation of the interim order. That court later ruled that the notice of appeal did not stay the imposition of fines under the contempt order and refused Paul Magder Furs Ltd.'s application to bring the s. 8 application back on for hearing because of its continuing contempt of court.<sup>b</sup>

The Regional Municipality of Halton brought a s. 8 application against Hy & Zel's Inc. The Attorney General later intervened and took over the action. In response to the s. 8 application, the principals of Hy & Zel's Inc. brought a civil application requesting, among other things, a declaration that s. 2(2) of the Act was invalid. Hy and Zel's Inc. subsequently brought a new application against the Attorney General, with over 100 of its employees, seeking declarations that s. 2(2) of the Act was unconstitutional, that the Act was unconstitutional and that the employee applicants have a right to work on holidays. This application relied on material filed in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic &*

«jour férié». Cette loi a été défiée par de nombreux détaillants même si elle avait été jugée constitutionnelle, et chaque modification subséquente a été perçue comme un coup fatal à sa constitutionnalité.

Le procureur général de l'Ontario a invoqué l'art. 8 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* pour demander la délivrance d'une ordonnance enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. et à deux autres détaillants de fermer leurs portes le dimanche suivant (la veille de Noël), le jour de Noël et le lendemain de Noël. Paul Magder Furs Ltd. et une trentaine d'employés qui ne sont pas nommés dans la requête fondée sur l'art. 8 ont réagi en déposant, devant la Haute Cour, une requête au civil contre le Procureur général (la «requête de Magder») en vue d'obtenir des jugements déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel et que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés énoncés dans la Loi. Dans la requête de Magder, qui reposait sur les mêmes documents que la requête du Procureur général fondée sur l'art. 8, on demandait que ces deux requêtes soient entendues en même temps. En raison des violations délibérées et persistantes de la Loi par cet établissement, la cour s'est fondée sur l'art. 8 pour rendre une ordonnance provisoire enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. de fermer ses portes les jours fériés définis dans la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'appel interjeté contre l'ordonnance provisoire pour des motifs de compétence et a ajourné *sine die* l'appel de la condamnation pour outrage au tribunal prononcée lorsque l'établissement a continué d'ouvrir ses portes contrairement à l'ordonnance provisoire. Cette cour a par la suite statué que l'avis d'appel ne mettait pas fin à l'imposition d'amendes pour outrage au tribunal et a rejeté la requête présentée par Paul Magder Furs Ltd. afin que soit entendue la requête fondée sur l'art. 8, pour le motif que cet établissement continuait de violer l'ordonnance provisoire.<sup>c</sup>

La municipalité régionale de Halton a déposé contre Hy & Zel's Inc. une requête fondée sur l'art. 8. Le Procureur général est par la suite intervenu et a pris en charge l'action. En réponse à la requête fondée sur l'art. 8, les dirigeants de Hy & Zel's Inc. ont déposé une requête au civil en vue d'obtenir notamment un jugement déclarant que le par. 2(2) de la Loi était invalide. Puis Hy & Zel's Inc. et plus de 100 de ses employés ont déposé une nouvelle requête contre le Procureur général en vue d'obtenir des jugements déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel, que la Loi est inconstitutionnelle et que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés. Cette requête était fondée sur les documents déposés dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co.*<sup>d</sup>

*Pacific Co. of Canada*, plus some additional affidavit evidence.

The applications of both firms were stayed until a judgment was rendered in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*. This case involved a similar s. 8 application and applications for declaratory relief. Both the Magder and the Hy & Zel applications were set for hearing following the Court of Appeal's finding the Act to be constitutional in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*. The constitutional questions here queried whether the *Retail Business Holidays Act* infringed religious freedom guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or equality rights guaranteed by s. 15, and if so, whether the infringements were justified under s. 1.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: In order for the Court to exercise its discretion to grant standing in a civil case, where the party does not claim a breach of its own *Charter* rights but those of others, a serious issue must be raised as to the Act's validity, the appellants must be directly affected by the Act or have a genuine interest in its validity, and no other reasonable and effective way can exist for bringing the Act's validity before the court.

A serious issue was raised here. It was assumed for purposes of this appeal only that the numerous amendments enacted in the years since the Act was upheld in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* have sufficiently altered the Act that the Act's validity was no longer a foregone conclusion.

The Act had a direct effect on the appellants. While the Act affects all Ontarians by limiting shopping on defined holidays, only retailers and retail employees were subject to prosecution for its violation.

Other reasonable and effective ways to bring the issue before the court existed. Since both applications presented almost no original evidence in support of their claim, and relied on evidence filed in the Attorney General's s. 8 application (the Magder application) or in

of *Canada* et sur d'autres éléments de preuve par affidavit.

Les requêtes des deux établissements ont été suspendues jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* qui portait sur une requête semblable fondée sur l'art. 8 et des demandes de jugement déclaratoire. L'audition des requêtes de Magder et de Hy & Zel a été fixée après que la Cour d'appel eut statué que la Loi était constitutionnelle dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*. Les questions constitutionnelles formulées en l'espèce sont les suivantes: la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15? Et, dans l'affirmative, ces atteintes sont-elles justifiées en vertu de l'article premier?

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Les pourvois sont rejetés.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Pour que les tribunaux puissent exercer leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans une affaire civile où la partie prétend qu'il y a eu non pas violation de ses propres droits en vertu de la *Charte*, mais violation des droits d'autrui, il doit se poser une question sérieuse quant à la validité de la mesure législative, les appelants doivent être directement touchés par la mesure législative ou avoir un intérêt véritable dans sa validité et il ne doit y avoir aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre aux tribunaux la question de la validité de la mesure législative.

Une question sérieuse a été soulevée en l'espèce. Pour les fins des présents motifs seulement, on a tenu pour acquis que les nombreuses modifications apportées au fil des ans, depuis que la Loi a été maintenue dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, l'ont suffisamment changée pour que sa validité ne soit plus assurée.

La Loi touchait directement les appelants. Bien que la Loi touche tous les Ontariens en limitant le magasinage les jours fériés définis, seuls les détaillants et les employés du commerce de détail sont passibles de poursuites en cas d'inobservation de ses dispositions.

Il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question aux tribunaux. Puisque les deux requêtes ne présentaient pratiquement aucun élément de preuve à l'appui des prétentions qu'elles contenaient et reposaient sur la preuve produite dans la

*Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (the Hy and Zel application), a more reasonable and effective matter of bringing this matter before the court may exist. The nature of the Act did not assist the appellants. The Act did not discourage challenges and so create a situation where no party directly affected could reasonably be expected to challenge the legislation. The party seeking to challenge the Act must show that there is no other reasonable and effective means of bringing the matter before the court.

Appellants did not have standing on the basis that their own religious rights have been violated. Even if it is assumed that corporations can have religious rights, there was no evidence or allegation that appellants' rights were violated. *Charter* decisions cannot be made in a factual vacuum. In the absence of facts specific to the appellants, both the Court's ability to ensure that it hears from those most directly affected and that *Charter* issues are decided in a proper factual context are compromised.

This was not a proper case for deciding the extent to which the test for standing in *Smith v. Attorney General of Ontario* survived the more liberal views relating to public interest standing. No evidence was presented as to how appellants suffered exceptional prejudice under the earlier test.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Given the procedural history of this appeal, the understanding of the appellants that this litigation was to proceed as a test case and, in particular, its effect on the large number of outstanding charges presently facing the appellants in the lower courts which raise the same constitutional issue, this is an appropriate case for this Court to exercise its discretion to grant the appellants standing. This conclusion is buttressed by a consideration of both the special and continuing effect of the Act on the appellants in this litigation, the goals of efficiency in the administration of justice and the costs to society and the parties involved of further litigation on the same issue as well as the general rationale underlying the rules of standing. Recognition of the practical and financial impediments to challenging this legislation that would face the appellant employees without the

requête du Procureur général fondée sur l'art. 8 (la requête de Magder) ou dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (la requête de Hy and Zel), il peut y avoir une manière plus raisonnable et plus efficace de soumettre cette question aux tribunaux. La nature de la Loi n'était d'aucune utilité aux appelants. La Loi ne décourageait pas la contestation de manière à engendrer une situation où on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'une partie directement touchée la conteste. La partie qui cherche à contester la Loi doit démontrer qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux.

Les appelants n'avaient pas qualité pour agir du fait que leurs propres droits religieux avaient été violés. Même en supposant que les personnes morales peuvent avoir des droits religieux, il n'y avait aucune preuve et il n'était pas allégué que les droits des appelants avaient été violés. Les décisions relatives à la *Charte* ne sauraient être rendues dans un vide factuel. L'absence de faits propres aux appelants compromet la capacité de la Cour de s'assurer qu'elle entend ceux qui sont le plus directement touchés et que les questions relatives à la *Charte* sont tranchées dans un contexte factuel approprié.

Ce n'était pas le bon cas pour déterminer la mesure dans laquelle le critère de la qualité pour agir énoncé dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario* survivait aux opinions plus libérales relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Aucun élément de preuve n'a été présenté sur la façon dont les appelants ont subi un préjudice exceptionnel selon le critère de l'arrêt *Smith*.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): Compte tenu de l'historique des procédures du présent pourvoi, du fait que les appelants comprenaient que le présent litige constituerait une cause type et, en particulier, de son effet sur le grand nombre d'accusations pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure, auxquelles les appelants font face actuellement et qui soulèvent la même question constitutionnelle, il est approprié que notre Cour exerce ici son pouvoir discrétionnaire de reconnaître aux appelants la qualité pour agir. Cette conclusion est étayée par un examen de l'effet spécial et permanent que la Loi a sur les appelants en l'espèce, par les objectifs d'efficacité dans l'administration de la justice et par les coûts qu'engendrent, pour la société et les parties en cause, des litiges supplémentaires sur la même question, de même que par la philosophie qui sous-tend les règles de la qualité pour agir.

assistance of the corporate appellants militates in favour of granting standing to those appellants.

Standing and the entitlement to the relief sought must be differentiated. Standing is a threshold question involving the recognition of entitlement to come before the court and it must remain, both conceptually and factually, distinct from the court's rulings after hearing the appeal.

*R. v. Big M Drug Mart Ltd.* did not decide the question of standing here. Its *ratio* of this case is the positive right of a corporation to rely on the *Charter* rights of others in defence to a criminal charge. The Court did not consider whether corporations have rights under s. 2(a) because it would be irrelevant since no one could be convicted under an unconstitutional law. Neither *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* nor *Irwin Toy v. Québec (Attorney General)* suggests that the Court's rulings on the *Charter* rights of corporations affects their standing to challenge a perceived infringement of their constitutional right.

The "exceptional prejudice" rule articulated in *Smith v. Attorney General of Ontario*, required a plaintiff challenging a law of general application to establish that the legislation had a greater impact on the plaintiff than on the public at large and that the plaintiff had an interest affecting his or her personal, proprietary or pecuniary rights. The Attorney General, as a corollary, was assumed to act as the guardian of the public interest. The trilogy of *Thorson v. Attorney General of Canada*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski* greatly broadened access to the courts and removed the categorical barriers to standing. The courts increasingly look beneath the rules governing standing and consider whether the legislation would be immunized from attack and whether it could be attacked by private litigants removing the need for public interest standing.

The rules regarding public interest standing, which were advanced in the trilogy to liberalize access to the

La reconnaissance des obstacles pratiques et financiers à la contestation de cette mesure législative auxquels feraient face les employés appelants s'ils ne jouissaient pas de l'aide des personnes morales appelantes constitue une raison de reconnaître à ces appelants la qualité pour agir.

Il faut établir une distinction entre la qualité pour agir et le droit au redressement recherché. La qualité pour agir est une question préliminaire qui comporte la reconnaissance du droit de se présenter devant la cour et elle doit, en théorie comme en pratique, demeurer distincte des décisions que la cour rend après avoir entendu l'appel.

L'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'a pas tranché la question de la qualité pour agir en l'espèce. Sa *ratio* repose sur le droit positif qu'a une personne morale d'opposer comme moyen de défense à une accusation criminelle les droits que la *Charte* garantit à autrui. La Cour n'a pas examiné la question de savoir si les personnes morales ont des droits en vertu de l'al. 2a) parce que ce ne serait pas pertinent étant donné que nul ne pourrait être déclaré coupable en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Rien ne porte à croire, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* ou dans l'arrêt *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, que les décisions de notre Cour sur les droits des personnes morales influent sur leur qualité pour faire valoir que leurs droits constitutionnels ont été violés.

Selon la règle du «préjudice exceptionnel» énoncée dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario*, un demandeur devait, pour contester une loi d'application générale, établir que cette loi avait sur lui un effet plus grand que celui qu'elle avait sur le grand public et qu'il avait dans la loi en question un intérêt touchant ses droits personnels ou pécuniaires, ou encore ceux qu'il possédait en tant que propriétaire. Comme corollaire, le Procureur général était présumé agir à titre de gardien de l'intérêt public. La trilogie d'arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, a élargi considérablement l'accès aux tribunaux et a supprimé les obstacles à la qualité pour agir qui sont fondés sur une catégorie. Les tribunaux scrutent de plus en plus les règles qui régissent la qualité pour agir et examinent si la mesure législative serait à l'abri des contestations et si elle pourrait être contestée par un particulier, éliminant ainsi la nécessité de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Les règles relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public, qui ont été formulées dans la trilogie pour



courts, do not govern litigants falling squarely within the rule in *Smith*. Litigants are still entitled to standing as long as they are able to establish that they are “exceptionally prejudiced” by the legislation’s effect on their private rights. The general rule in *Smith* also applies to litigants seeking declarations under the *Charter*. Standing must also be available to parties facing criminal or quasi-criminal procedures to challenge the constitutionality of the legislation. The appellants here fall squarely into the category of “public interest litigants” but they are better described as persons who experience “exceptional prejudice” under the Act.

A flexible approach allowing courts to respond to a spectrum of concerns affecting both the parties and the administration of justice should prevail over a strict, no-exception approach. Citizens have an interest in the constitutionally sound behaviour on the part of the legislatures and where the constitutionality of legislation is at issue, the primary focus is on the law itself, and not on the position of the parties. In resolving standing, the Court should take a purposive and functional rather than categorical approach and resort the concerns, which underlie the restrictions on standing such as the multiplicity of suits and judicial economy, should be considered.

A challenge to the constitutionality of a law (assuming that it involves no remedy other than a finding of invalidity) must be governed by the same rules of standing and procedure, regardless of whether the challenge is based on federal or *Charter* grounds. Corporations, because they may not invoke *Charter* rights, face obstacles in bringing a *Charter* challenge that do not exist in division of power challenges. There is no reason in principle, however, to adhere rigidly to a rule which automatically bars challenges to legislation directly affecting a corporate plaintiff simply on the ground that the impugned aspect of the legislation does not directly affect it. As the constitutionality of the law may be raised in defence, the question should be whether the plaintiff has sufficient interest in the outcome of a constitutional challenge. The overriding concern is whether governments have respected the limits of their constitutional authority. Technical barriers to standing based on

élargir l'accès aux tribunaux, ne régissent pas les parties qui relèvent carrément de la règle énoncée dans l'arrêt *Smith*. Les parties ont encore droit à la qualité pour agir, en autant qu'elles sont capables d'établir que l'effet de la mesure législative sur leurs droits privés leur cause un «préjudice exceptionnel». La règle générale énoncée dans l'arrêt *Smith* s'applique aussi aux parties qui demandent des jugements déclaratoires fondés sur la *Charte*. La qualité pour agir doit pouvoir aussi être reconnue aux parties exposées à des poursuites criminelles ou quasi criminelles aux fins de contester la constitutionnalité de la mesure législative. En l'espèce, les appelants tombent carrément dans la catégorie des parties à un litige d'intérêt public, mais il est préférable de les décrire comme des personnes qui subissent un «préjudice exceptionnel» en vertu de la Loi.

Une approche souple qui permette aux tribunaux de répondre à une gamme de préoccupations touchant à la fois les parties et l'administration de la justice doit l'emporter sur une approche stricte qui ne laisse place à aucune exception. Les citoyens ont intérêt à ce que les législateurs se comportent de façon appropriée sur le plan constitutionnel et, lorsque la constitutionnalité d'une mesure législative est en cause, c'est sur la mesure législative elle-même et non sur la situation des parties que doit principalement porter l'examen. Pour régler la question de la qualité pour agir, la cour devrait aborder la qualité pour agir d'une façon pratique et fondée sur l'objet visé plutôt que d'une façon fondée sur une catégorie, et recourir aux préoccupations qui sous-tendent les restrictions apportées à la qualité pour agir, comme la multiplicité des poursuites et l'économie judiciaire.

La contestation de la constitutionnalité d'une loi (en supposant que l'instance ne vise rien d'autre qu'une conclusion d'invalidité) doit être régie par les mêmes règles en matière de qualité pour agir et de procédure, indépendamment de la question de savoir si la contestation repose sur des motifs d'ordre fédéral ou sur des moyens fondés sur la *Charte*. Du fait qu'elles ne peuvent invoquer des droits garantis par la *Charte*, les personnes morales doivent, en procédant à une contestation fondée sur la *Charte*, surmonter des obstacles qui n'existent pas dans le cas d'attaques relatives au partage des compétences. En principe cependant, il n'y a aucune raison d'adhérer strictement à une règle qui empêche automatiquement de contester une mesure législative qui touche directement une personne morale demanderesse, pour le seul motif que l'aspect contesté de la mesure législative ne la touche pas directement. Puisque la constitutionnalité de la mesure législative peut être

such grounds as the mode of proceeding chosen cannot be sustained on the level of principle.

The ability of other litigants to bring the issue before the courts should not operate as an automatic and inflexible bar to the court's discretion to grant standing. Consideration should be given in assessing the benefits of proceeding with the constitutional challenge and the prejudice to the appellants in refusing standing late in the proceedings, particularly where the party seeking standing is already before the courts.

The question of the application of s. 15 rights to corporations or to the legislation challenged in this case has not yet been addressed by the Court. As the appellants are the appropriate parties to raise a s. 15 argument in this context and leave was granted by this Court on the issue, no basis for denying standing existed.

The appellants can rely on the record of other parties raising identical legal issues in what are essentially identical circumstances. The nature of the evidence is not generally an issue that bears on the question of standing. Particularly in constitutional cases, background evidence of a general nature may be relevant to set the context of the issue quite apart from the position of the specific parties. More importantly, it would unquestionably be prejudicial to the appellants to have been permitted to rely on this record all along, only to be told at this stage that they will be denied standing for this reason.

The appellant retail employees should not be denied standing for want of evidence to establish standing. Deciding the appeal in a factual vacuum is not an issue at this stage. A court's concern at this stage of the proceedings is whether there is enough material to assess the "nature of the interest" which the plaintiff is asserting. This does not necessarily entail an examination of the evidence. The only effective way for the retail

opposée comme moyen de défense, la question devrait plutôt être de savoir si le demandeur a un intérêt suffisant dans l'issue d'une attaque constitutionnelle. On se préoccupe d'abord et avant tout de savoir si les gouvernements ont respecté les limites de leur compétence constitutionnelle. Les obstacles techniques à la qualité pour agir, fondés sur des motifs comme la façon dont on a choisi de procéder, ne sauraient être maintenus en principe.

La capacité qu'ont d'autres parties de soumettre la question à la cour ne doit pas avoir pour effet d'empêcher, de façon automatique et stricte, la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir. Il y a lieu de soupeser les avantages de procéder à la contestation constitutionnelle en fonction du préjudice que pourrait causer aux appelants le refus de leur reconnaître la qualité pour agir à un stade avancé des procédures, particulièrement dans un cas où la partie qui demande la qualité pour agir est déjà devant les tribunaux.

Notre Cour n'a pas encore abordé la question de l'application des droits garantis par l'art. 15 aux personnes morales ou à la mesure législative attaquée en l'espèce. Comme les appelants sont les parties appropriées pour avancer un argument fondé sur l'art. 15 dans le présent contexte et que l'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée sur la question, il n'existait aucun motif de leur refuser la qualité pour agir.

Les appelants peuvent se fonder sur le dossier d'autres parties qui soulève des points de droit identiques dans des circonstances essentiellement identiques. La nature de la preuve n'est pas généralement une question qui influe sur celle de la qualité pour agir. Dans les affaires constitutionnelles en particulier, les éléments de preuve documentaire de nature générale peuvent être pertinents pour établir le contexte de la question en litige, tout à fait indépendamment de la situation des parties en présence. Qui plus est, les appelants subiraient incontestablement un préjudice si, après leur avoir permis depuis le début de se fonder sur ce dossier, on leur disait, à ce stade, que la qualité pour agir leur sera refusée pour cette raison.

Les employés du commerce de détail appelants ne devraient pas se voir refuser qualité pour agir en raison de l'absence de preuve établissant qu'ils ont cette qualité. Il n'est pas question, à ce stade, de trancher le pourvoi dans un vide factuel. Ce qui préoccupe la cour, à cette étape des procédures, est la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments pour évaluer la «nature de l'intérêt» que le demandeur invoque. Cela n'emporte

employees to bring an issue before the court, given the expense, may be to join the application with an application brought by others. The employees are affected by the Act's provisions even if they are unlikely to be charged under the Act and their rights under the Act as guaranteed by ss. 2(a) and 15 of the *Charter* remain an open question.

### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), rev'g (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), (leave to appeal granted *sub nom. Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario*, [1991] 3 S.C.R. x.); *Ontario (Attorney-General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 71 O.R. (2d) 513; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. ix; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1992), 10 O.R. (3d) 46; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 560, with supplementary reasons delivered July 16, 1992; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), rev'g (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), (leave to appeal granted *sub nom. Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario*, [1991] 3 S.C.R. x.); *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331;

pas nécessairement un examen de la preuve. Le seul moyen efficace dont disposent les employés du commerce de détail pour saisir les tribunaux d'une question, compte tenu des frais en cause, peut être de joindre leur requête à celle d'autres requérants. Même si les employés risquent peu de faire l'objet d'accusations en vertu de la Loi, ils n'en sont pas moins touchés par ses dispositions et la question de l'effet de la Loi sur les droits que leur garantissent l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte* demeure entière.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), inf. (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), (autorisation de pourvoi accordée *sub nom. Oshawa Group Ltd. c. Procureur général de l'Ontario*, [1991] 3 R.C.S. x.); *Ontario (Attorney-General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 71 O.R. (2d) 513; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. ix; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1992), 10 O.R. (3d) 46; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 560, avec motifs supplémentaires rendus le 16 juillet 1992; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), inf. (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), (autorisation de pourvoi accordée *sub nom. Oshawa Group Ltd. c. Procureur général de l'Ontario*, [1991] 3 R.C.S. x.); *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S.

*Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 S.C.R. 657; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

#### Statutes and Regulations Cited

*Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1)(a) [am. S.O. 1989, c. 3, s. 1], 2(1) [am. *ibid.*, s. 2], (2), 7(1) [am. *ibid.*, s. 7], (2) [am. *ibid.*, s. 7].

#### Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*. LRC 46. Vancouver: 1980.

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswell, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Standing*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1989.

Scott, Kenneth E. "Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis" (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.

Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

APPEAL (*Hy and Zel's Inc., et al. v. Attorney General for Ontario*, S.C.C., File No. 22556) from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Potts J. dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

APPEAL (*Paul Magder Furs Ltd., et al. v. Attorney General for Ontario*, S.C.C., File No. 22559) from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Potts J. dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Timothy S. B. Danson and Julian N. Falconer*,<sup>j</sup> for the appellants.

331; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *MacIlreith c. Hart* (1908), 39 R.C.S. 657; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

#### b Lois et règlements cités

*Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, art. 1(1) [mod. L.O. 1989, ch. 3, art. 1], 2(1) [mod. *ibid.*, art. 2], (2), 7(1) [mod. *ibid.*, art. 7], (2) [mod. *ibid.*, art. 7].

c

#### Doctrine citée

Colombie-Britannique. Commission de réforme du droit. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*. LRC 46. Vancouver: 1980.

d

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswell, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

e

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Standing*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1989.

Scott, Kenneth E. «Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis» (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.

f

Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

POURVOI (*Hy and Zel's Inc. et autres c. Procureur général de l'Ontario*, C.S.C., n° du greffe 22556) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une décision du juge Potts qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

h

POURVOI (*Paul Magder Furs Ltd. et autres c. Procureur général de l'Ontario*, C.S.C., n° du greffe 22559) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une décision du juge Potts qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Timothy S. B. Danson et Julian N. Falconer*, pour les appelants.

*Elizabeth C. Goldberg and Hart Schwartz, for the respondent.*

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. <sup>a</sup> was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

The *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, (the "Act") restricts holiday shopping. Section 1(1)(a) of the Act defines "holiday" as

1. — (1) ...

(a) ...

- (i) New Year's Day,
- (ii) Good Friday,
- (iii) Victoria Day,
- (iv) Canada Day,
- (v) Labour Day,
- (vi) Thanksgiving Day,
- (vii) Christmas Day,
- (viii) the 26th day of December,
- (ix) Sunday, and
- (x) any other public holiday declared by proclamation of the Lieutenant Governor to be a holiday for the purposes of this Act;

Since the Act was first proclaimed in 1975, numerous retailers have defied its provisions despite this Court's ruling in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*Edwards Books*), that the Act was constitutionally valid. Each subsequent amendment has been viewed by retailers as a fatal blow to the Act's constitutionality.

Paul Magder Furs Ltd. has worn a wide path to the courthouse over the past ten years. The present trek began in late December 1989. The Attorney General for Ontario applied under s. 8 of the Act <sup>j</sup> for an order requiring Paul Magder Furs Ltd. and

*Elizabeth C. Goldberg et Hart Schwartz, pour l'intimé.*

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

LE JUGE MAJOR —

<sup>b</sup> I. Les faits

<sup>c</sup> La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453 (la «Loi») limite le magasinage les jours fériés. Au paragraphe 1(1) de la Loi, l'expression «jour férié» est définie comme comprenant

1 (1) ...

<sup>d</sup>

- (i) le jour de l'An,
- (ii) le Vendredi saint,
- (iii) la fête de la Reine,
- <sup>e</sup> (iv) la fête du Canada,
- (v) la fête du Travail,
- (vi) le jour d'Action de grâces,
- (vii) le jour de Noël,
- <sup>f</sup> (viii) le 26 décembre,
- (ix) le dimanche,
- (x) les autres jours que le lieutenant-gouverneur proclame jours fériés pour l'application de la présente loi.

<sup>g</sup> Depuis que la Loi a été promulguée pour la première fois en 1975, de nombreux détaillants en ont défié les dispositions malgré l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (*Edwards Books*), dans lequel notre Cour a décidé que la Loi était constitutionnelle. Chaque modification subséquente a été perçue par les détaillants comme un coup fatal à la constitutionnalité de la Loi.

<sup>i</sup> Paul Magder Furs Ltd. s'est adressée aux tribunaux à maintes reprises au cours des dix dernières années. Le présent épisode a commencé à la fin de décembre 1989. Le procureur général de l'Ontario a invoqué l'art. 8 de la Loi pour demander la déli-

two other retailers to close on the following Sunday (Christmas Eve), Christmas Day, and Boxing Day ("the s. 8 application"). Section 8 states:

8.—(1) Upon the application of counsel for the Attorney General or of a municipality to the Supreme Court, the court may order that a retail business establishment close on a holiday to ensure compliance with this Act or a by-law or regulation under this Act.

(2) An order under subsection (1) is in addition to any other penalty that may be imposed and may be made whether or not proceedings have been commenced in the Provincial Offences Court for a contravention of section 2 or of a by-law or regulation under this Act.

In response, Paul Magder Furs Ltd., together with some 30 employees not named in the s. 8 application, brought a civil application in the Ontario High Court of Justice against the Attorney General and the Toronto police (the "Magder application") requesting the following relief:

- a. an interim and final order enjoining the Toronto police from enforcing the Act against the applicants until the applicants had challenged the constitutional validity of the Act;
- b. an interim and final order enjoining Metropolitan Toronto from taking steps against the applicants pursuant to the Act;
- c. a declaration that s. 2(2) of the Act is unconstitutional;
- d. a declaration that the employee applicants have a right to work on the holidays stated in the Act.

The Magder application requested hearing at the same time as the s. 8 application and relied on the material filed in the s. 8 application. Paragraphs (a) and (b) were later abandoned.

vance d'une ordonnance enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. et à deux autres détaillants de fermer leurs portes le dimanche suivant (la veille de Noël), le jour de Noël et le lendemain de Noël (la «requête fondée sur l'art. 8»). L'article 8 est ainsi rédigé:

8 (1) Sur présentation d'une requête à la Cour suprême par un avocat au service du procureur général ou d'une municipalité, le tribunal peut ordonner la fermeture d'un établissement de commerce de détail un jour férié, pour veiller au respect de la présente loi, d'un règlement municipal adopté en vertu de celle-ci, ou d'un règlement pris en application de celle-ci.

(2) L'ordonnance visée au paragraphe (1) s'ajoute à toute autre pénalité qui peut être imposée, et elle peut être rendue qu'une instance ait été introduite ou non devant la Cour des infractions provinciales à l'égard d'une infraction à l'article 2 de la présente loi, à un règlement municipal adopté en vertu de celle-ci, ou à un règlement pris en application de celle-ci.

Paul Magder Furs Ltd. et une trentaine d'employés qui ne sont pas nommés dans la requête fondée sur l'art. 8 ont réagi en déposant, devant la Haute Cour de justice de l'Ontario, une requête au civil contre le Procureur général et la police de Toronto (la «requête de Magder») en vue d'obtenir le redressement suivant:

- a. une ordonnance provisoire et définitive interdisant à la police de Toronto d'appliquer la Loi aux requérants jusqu'à ce qu'ils en aient contesté la constitutionnalité;
- b. une ordonnance provisoire et définitive interdisant à la communauté urbaine de Toronto de prendre des mesures contre les requérants, conformément à la Loi;
- c. un jugement déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel;
- d. un jugement déclarant que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés énoncés dans la Loi.

Dans la requête de Magder, qui reposait sur les mêmes documents que la requête fondée sur l'art. 8, on demandait que ces deux requêtes soient entendues en même temps. Les alinéas a) et b) ont par la suite été abandonnés.

As the s. 8 application had been brought on only 24 hours notice, Farley J. granted the retailers' request for an adjournment. Farley J. also adjourned the Magder application. Both matters were stayed pending the High Court of Justice's hearing of *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada, infra*, a case involving a similar s. 8 application and retailers' applications for declaratory relief. However, based on the evidence of "deliberate and persistent breaches of the Act by Magder", that "penalties for prior convictions have had no effect as a deterrent" and of "an intention on the part of Magder to continue with the breaches", Farley J. granted an interim s. 8 order requiring Paul Magder Furs Ltd. to close on holidays as defined in the Act. See *Ontario (Attorney-General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 71 O.R. (2d) 513 (H.C.), at pp. 520 and 524. Paul Magder Furs Ltd. appealed the interim order. The Ontario Court of Appeal quashed the appeal of the interim order on jurisdictional grounds on October 22, 1991.

Paul Magder Furs Ltd. remained open in violation of the interim order. On February 23, 1990, Chilcott J. found Paul Magder Furs Ltd. in contempt of court. Paul Magder Furs Ltd. appealed the finding of contempt. The Court of Appeal adjourned the appeal *sine die* until Paul Magder Furs Ltd. purged its contempt and undertook to abide by the order. See *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, leave to appeal refused [1992] 2 S.C.R. ix. The Court of Appeal later ruled that the notice of appeal did not stay the imposition of fines under the contempt order. See (1992), 10 O.R. (3d) 46.

In October, 1991, Paul Magder Furs Ltd. applied to bring the s. 8 application back on for hearing. Somers J. refused the application due to Paul

Comme la requête fondée sur l'art. 8 avait été déposée à la suite d'un préavis de 24 heures seulement, le juge Farley a accueilli la demande d'ajournement présentée par les détaillants. Il a aussi ajourné l'audition de la requête de Magder. Les deux affaires ont été suspendues jusqu'à l'audition, par la Haute Cour de justice, de l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada, infra*, qui portait sur une requête semblable fondée sur l'art. 8 et des demandes de jugement déclaratoire par des détaillants. Toutefois, compte tenu de la preuve de l'existence de [TRADUCTION] «violations délibérées et persistantes de la Loi par Magder», du fait que des [TRADUCTION] «peines relatives à des condamnations antérieures n'avaient eu aucun effet dissuasif» et de [TRADUCTION] «l'intention de Magder de poursuivre les violations», le juge Farley s'est fondé sur l'art. 8 pour accorder une ordonnance provisoire enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. de fermer ses portes les jours fériés définis dans la Loi. Voir *Ontario (Attorney-General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 71 O.R. (2d) 513 (H.C.), aux pp. 520 et 524. Paul Magder Furs Ltd. en a appelé de cette ordonnance provisoire. Le 22 octobre 1991, la Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'appel interjeté contre l'ordonnance provisoire pour des motifs de compétence.

Paul Magder Furs Ltd. a continué d'ouvrir ses portes contrairement à l'ordonnance provisoire. Le 23 février 1990, le juge Chilcott a déclaré Paul Magder Furs Ltd. coupable d'outrage au tribunal. Paul Magder Furs Ltd. en a appelé de sa condamnation pour outrage au tribunal. La Cour d'appel a ajourné l'appel *sine die* jusqu'à ce que Paul Magder Furs Ltd. purge sa peine pour outrage au tribunal et respecte l'ordonnance. Voir *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, autorisation de pourvoi refusée [1992] 2 R.C.S. ix. La Cour d'appel a par la suite statué que l'avis d'appel ne mettait pas fin à l'imposition d'amendes pour outrage au tribunal. Voir (1992), 10 O.R. (3d) 46.

En octobre 1991, Paul Magder Furs Ltd. a demandé que soit entendue la requête fondée sur l'art. 8. Le juge Somers a rejeté la requête pour le

Magder Furs Ltd.'s continuing contempt of the interim order. See *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 560 (Gen. Div.), supplementary reasons delivered July 16, 1992.

The litigation involving Hy & Zel's Inc. is similar but less complex. The Regional Municipality of Halton brought a s. 8 application against Hy & Zel's Inc. in early December 1989. The Attorney General later intervened and took over the action. In response to the s. 8 application, the principals of Hy & Zel's Inc. brought a civil application requesting, among other things, a declaration that s. 2(2) of the Act was invalid. Presumably these matters stand adjourned. Then on June 24, 1991, Hy and Zel's Inc. and over 100 of its employees brought a new application against the Attorney General (the "Hy & Zel's application"). The Hy & Zel's application sought the following relief:

- a. a declaration that s. 2(2) of the Act is unconstitutional;
- b. a declaration that the Act is unconstitutional;
- c. a declaration that the employee applicants have a right to work on holidays.

The Hy & Zel's application relied on material filed in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, plus some additional affidavit evidence.

*Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, was heard by the High Court of Justice and the Court of Appeal. The Court of Appeal found the Act to be constitutional: (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), reversing (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), leave to appeal granted *sub nom. Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario*, [1991] 3 S.C.R. x. The Magder application was set for hearing on June 26, 1991. The Hy & Zel's application requested hearing on the same day.

motif que Paul Magder Furs Ltd. continuait à violer l'ordonnance provisoire. Voir *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 560 (Div. gén.), motifs supplémentaires rendus le 16 juillet 1992.

Le litige mettant en cause Hy & Zel's Inc. est semblable, quoique moins complexe. La municipalité régionale de Halton a, au début du mois de décembre 1989, déposé contre Hy & Zel's Inc. une requête fondée sur l'art. 8. Le Procureur général est par la suite intervenu et a pris en charge l'action. En réponse à la requête fondée sur l'art. 8, les dirigeants de Hy & Zel's Inc. ont déposé une requête au civil en vue d'obtenir notamment un jugement déclarant que le par. 2(2) de la Loi était invalide. Ces affaires sont vraisemblablement suspendues. Puis, le 24 juin 1991, Hy & Zel's Inc. et plus de 100 de ses employés ont déposé une nouvelle requête contre le Procureur général (la «requête de Hy & Zel's»). Cette requête visait à obtenir le redressement suivant:

- a. un jugement déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel;
- b. un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle;
- c. un jugement déclarant que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés.

La requête de Hy & Zel's était fondée sur les documents déposés dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* et sur d'autres éléments de preuve par affidavit.

L'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* a été entendue par la Haute Cour de justice et par la Cour d'appel. La Cour d'appel a conclu que le Loi était constitutionnelle: (1991), 2 O.R. (3d) 65 (C.A.), infirmant (1990), 73 O.R. (2d) 289 (H.C.), autorisation de pourvoi accordée *sub nom. Oshawa Group Ltd. c. Procureur général de l'Ontario*, [1991] 3 R.C.S. x. L'audition de la requête de Magder a été fixée au 26 juin 1991. Dans la requête de Hy & Zel's, on demandait que la requête soit entendue le même jour.



Potts J. dismissed both the Magder and the Hy & Zel's applications with the following endorsement:

I am advised that counsel for the applicants was also counsel for A & P and a number of its employees in an application which was ultimately heard and determined by the Ontario Court of Appeal in *Peel v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*, 2 O.R. (3d) Part 2, pg. 65. Mr. Danson has advised that the Hy and Zel's Inc. employee application is indistinguishable from the A & P employee application (No. 920/90) dismissed by the Ontario Court of Appeal, *supra*. For the reasons given by that Court, this application is also dismissed, without costs.

The Court of Appeal allowed the appeals to be expedited and dismissed them on July 15, 1991, on the basis of *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*.

## II. Issues

The constitutional questions set in this appeal are:

1. Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, as am. by S.O. 1989, c. 3, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a) and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. To the extent that the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, as am. by S.O. 1989, c. 3, infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a) and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are the infringements or denials demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

## III. Analysis

The appellants have brought civil applications for declaratory relief. A party's ability to attack a legislation's constitutional validity on *Charter* grounds is more difficult to establish in a civil suit than in a criminal prosecution. The appellants bear the burden to establish their standing to raise *Charter* issues.

Le juge Potts a rejeté la requête de Magder et celle de Hy & Zel's au moyen du jugement manuscrit suivant:

[TRADUCTION] On me dit que l'avocat des requérants était aussi l'avocat de A & P et d'un certain nombre de ses employés dans une requête qui devait être finalement entendue et tranchée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Peel c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*, 2 O.R. (3d) Part 2, p. 65. Maître Danson a déclaré que la requête des employés de Hy & Zel's Inc. ne saurait être distinguée de la requête des employés de A & P (n° 920/90), précitée, qui a été rejetée par la Cour d'appel de l'Ontario. Pour les motifs exposés par cette cour, la présente requête est aussi rejetée, sans dépens.

La Cour d'appel a accepté d'entendre promptement les appels et les a rejetés le 15 juillet 1991, en se fondant sur l'arrêt *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*.

## II. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles formulées dans le présent pourvoi sont les suivantes:

1. La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, modifiée par L.O. 1989, ch. 3, porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2a) ou l'art. 15, ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans la mesure où la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, modifiée par L.O. 1989, ch. 3, porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2a) ou l'art. 15, ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'atteintes dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

## III. Analyse

Les appelants ont présenté des requêtes au civil en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Il est plus difficile dans une action civile que dans des poursuites criminelles d'établir la capacité d'une partie d'attaquer la constitutionnalité d'une loi pour des motifs fondés sur la *Charte*. Il incombe aux appelants d'établir qu'ils ont qualité pour soulever des questions relatives à la *Charte*.

This Court recently reviewed the discretion to grant standing in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236. After outlining the development and rationale behind public interest standing, Cory J. warned against its abuse and against expanding its availability at pp. 252-53:

The increasing recognition of the importance of public rights in our society confirms the need to extend the right to standing from the private law tradition which limited party status to those who possessed a private interest. In addition some extension of standing beyond the traditional parties accords with the provisions of the *Constitution Act, 1982*. However, I would stress that the recognition of the need to grant public interest standing in some circumstances does not amount to a blanket approval to grant standing to all who wish to litigate an issue. It is essential that a balance be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by a [sic] well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important. It would be detrimental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants.

The whole purpose of granting status is to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. The granting of public interest standing is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court need not and should not be expanded. The decision whether to grant status is a discretionary one with all that designation implies. Thus undeserving applications may be refused. Nonetheless, when exercising the discretion the applicable principles should be interpreted in a liberal and generous manner.

See also *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of*

Notre Cour a récemment examiné la question du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. Après avoir décrit l'évolution et la raison d'être de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le juge Cory a parlé du danger d'en abuser et d'en étendre l'accessibilité, aux pp. 252 et 253:

La reconnaissance grandissante de l'importance des droits publics dans notre société vient confirmer la nécessité d'élargir la reconnaissance du droit à la qualité pour agir par rapport à la tradition de droit privé qui reconnaissait qualité pour agir aux personnes possédant un intérêt privé. En outre, un élargissement de la qualité pour agir au delà des parties traditionnelles est compatible avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je tiens à souligner que la reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances ne signifie pas que l'on reconnaîtra pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent tenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. La décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire avec tout ce que cette désignation implique. Les demandes sans mérite peuvent donc être rejetées. Néanmoins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple.

Voir aussi *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, *Minis-*

*Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

Following this Court's earlier decisions, in order that the Court may exercise its discretion to grant standing in a civil case, where, as in the present case, the party does not claim a breach of its own rights under the *Charter* but those of others, (1) there must be a serious issue as to the Act's validity, (2) the appellants must be directly affected by the Act or have a genuine interest in its validity, and (3) there must be no other reasonable and effective way to bring the Act's validity before the court.

#### *Serious Issue of Validity*

The validity of holiday shopping legislation has been challenged on many occasions. In *Edwards Books*, the Act was held to violate s. 2(a) of the *Charter* but was a reasonable limit under s. 1. The present action challenges amendments intended to eliminate the s. 2(a) violation found. For the purposes of these reasons only, I am prepared to assume that the numerous amendments have sufficiently altered the Act in the seven years since *Edwards Books* so that the Act's validity is no longer a foregone conclusion.

#### *Direct Affect or Genuine Interest*

The appellants are either corporate retailers or retail employees. Section 2 of the Act targets both these groups making them liable to prosecution under s. 7.

2. — (1) No person carrying on a retail business in a retail business establishment shall,

(a) sell or offer for sale goods or services therein by retail; or

*tre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

Compte tenu de ces arrêts antérieurs de notre Cour, pour que les tribunaux puissent exercer leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans une affaire civile où, comme en l'espèce, la partie prétend qu'il y a eu non pas violation de ses propres droits en vertu de la *Charte*, mais violation des droits d'autrui, (1) il doit se poser une question sérieuse quant à la validité de la Loi, (2) les appelants doivent être directement touchés par la Loi ou avoir un intérêt véritable dans sa validité, et (3) il ne doit y avoir aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre aux tribunaux la question de la validité de la Loi.

#### *d Question sérieuse quant à la validité de la Loi*

La validité des dispositions législatives sur le magasinage les jours fériés a été attaquée à maintes reprises. Dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, on a conclu que la Loi violait l'al. 2a) de la *Charte*, mais constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier. Dans la présente action, on attaque les modifications destinées à éliminer ce qui a été jugé comme violant l'al. 2a). Pour les fins des présents motifs seulement, je suis prêt à tenir pour acquis que les nombreuses modifications apportées au cours des sept années qui ont suivi l'arrêt *Edwards Books* ont suffisamment changé la Loi pour que sa validité ne soit plus assurée.

#### *Est-on directement touché ou a-t-on un intérêt véritable?*

Les appelants sont soit des entreprises de commerce de détail, soit des employés du commerce de détail. L'article 2 de la Loi vise ces deux groupes en les rendant passibles de poursuites fondées sur l'art. 7.

2 (1) Il est interdit, un jour férié, à quiconque exploite un commerce de détail dans un établissement de commerce de détail:

a) d'y vendre ou d'y mettre en vente des marchandises au détail, ou d'y rendre ou d'y offrir des services;

(b) admit members of the public thereto,

b) d'en permettre l'accès au public.

on a holiday.

(2) No person employed by or acting on behalf of a person carrying on a retail business in a retail business establishment shall,

(2) Il est interdit, un jour férié, à quiconque est l'employé du dirigeant d'un commerce de détail ou agit au nom de ce dernier dans un établissement de commerce au détail:

(a) sell or offer for sale any goods or services therein by retail; or

a) d'y vendre ou d'y mettre en vente des marchandises au détail, ou d'y rendre ou d'y offrir des services;

(b) admit members of the public thereto,

b) d'en permettre l'accès au public.

on a holiday.

7. — (1) Every person who contravenes section 2 or a regulation under section 4 is guilty of an offence and on conviction is liable to a fine of not more than the greater of,

7 (1) Quiconque contrevient à l'article 2 ou à un règlement pris en application de l'article 4 est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende ne dépassant pas le plus élevé des montants suivants, selon le cas:

(a) \$50,000; or

a) 50 000 \$;

(b) the gross sales in the retail business establishment on the holiday on which the contravention occurred.

b) le chiffre d'affaires brut réalisé par l'établissement de commerce de détail le jour férié où l'infraction a été commise.

. . .

. . .

(3) Every person who coerces, requires or counsels another person to contravene section 2, a regulation under section 4 or a by-law under subsection 4 (1) is guilty of an offence and on conviction is liable to a fine of not more than the greater of,

(3) La personne qui conseille à une autre personne de contrevenir à l'article 2, à un règlement pris en application de l'article 4 ou à un règlement municipal adopté en vertu du paragraphe 4(1), ou qui exige, notamment par la contrainte, qu'elle agisse ainsi, est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende ne dépassant pas le plus élevé des montants suivants, selon le cas:

(a) \$50,000; or

a) 50 000 \$;

(b) the gross sales in the retail business establishment on the holiday in respect of which the offence under this subsection occurred.

b) le chiffre d'affaires brut réalisé par l'établissement de commerce de détail le jour férié où l'infraction prévue au présent paragraphe a été commise.

While the Act affects all Ontarians by limiting their ability to make retail purchases on holidays, only retailers and retail employees are subject to prosecution for its violation. The Act clearly has a direct effect on the appellants.

Bien que la Loi touche tous les Ontariens en limitant leur capacité de faire des achats au détail les jours fériés, seuls les détaillants et les employés du commerce de détail sont passibles de poursuites en cas d'inobservation de ses dispositions. Il est évident que la Loi touche directement les appelants.

*Other Means of Bringing the Issue before the Court*

The third criterion, that there be no other reasonable and effective way to bring the issue before the court, lies at the heart of the discretion to grant public interest standing. If there are other means to bring the matter before the court, scarce judicial resources may be put to better use. Yet the same test prevents the immunization of legislation from review as would have occurred in the *Thorson* and *Borowski* situations.

Courts are often called upon to determine standing as a preliminary point. Indeed, this Court decided *Thorson*, *Nova Scotia Board of Censors*, *Finlay*, and *Canadian Council of Churches* as preliminary matters. As stated by Le Dain J. in *Finlay*, at p. 617, a court's ability to consider standing at the outset "depends on the nature of the issues raised and on whether the court has sufficient material before it, in the way of allegations of fact, considerations of law, and argument, for a proper understanding at a preliminary stage of the nature of the interest asserted." Since the appellants' case has proceeded without trial, the situation is akin to determining standing as a preliminary point.

The appellants allege the Act violates both freedom of religion and equality rights but have presented almost no original evidence in support of their claim. The Magder application relies on the evidence filed in the Attorney General's s. 8 application. The s. 8 application was stayed and never brought on for trial. In any event, the s. 8 application did not involve any retail employees and would not provide evidence to establish their standing. The Hy & Zel's application relies on the evidence filed in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, with a few additional affidavits. The very fact that the appellants rely on the *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* evi-

*Existe-t-il d'autres manières de soumettre la question aux tribunaux?*

Le troisième critère, voulant qu'il n'y ait aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux, se situe au cœur même du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. S'il existe d'autres manières de soumettre la question aux tribunaux, les ressources judiciaires limitées peuvent être mieux utilisées. Ce même critère empêche toutefois les lois d'échapper au contrôle judiciaire, comme cela se serait produit dans les circonstances des affaires *Thorson* et *Borowski*.

Les tribunaux sont souvent appelés à déterminer s'il y a qualité pour agir, à titre de question préliminaire. En fait, les questions que notre Cour a tranchées dans les affaires *Thorson*, *Nova Scotia Board of Censors*, *Finlay* et *Conseil canadien des églises* étaient des questions préliminaires. Comme l'a dit le juge Le Dain, à la p. 617 de l'arrêt *Finlay*, la capacité de la cour d'examiner, au départ, la question de la qualité pour agir «dépend de la nature des points litigieux et de savoir si le dossier dont la cour est saisie, les énoncés des faits et du droit, et les arguments invoqués sont suffisants pour lui permettre de bien comprendre, au stade de l'exception préliminaire, la nature de l'intérêt invoqué.» La cause des appelants ayant évolué sans procès, la situation s'apparente à celle où il s'agit de déterminer s'il y a qualité pour agir, à titre de question préliminaire.

Les appelants prétendent que la Loi viole à la fois la liberté de religion et les droits à l'égalité, mais ils n'ont présenté pratiquement aucun élément de preuve à l'appui de leur propre prétention. La requête de Magder repose sur la preuve produite dans la requête du Procureur général fondée sur l'art. 8. La requête fondée sur l'art. 8 a été suspendue et n'a jamais été entendue. De toute façon, cette requête ne visait aucun employé du commerce de détail et elle n'apporterait aucune preuve établissant leur qualité pour agir. La requête de Hy & Zel's se fonde sur la preuve produite dans *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, à laquelle s'ajoutent quelques affidavits supplémentaires. Le fait même que les

dence suggests there may be a more reasonable and effective matter of bringing this matter before the court.

The nature of the Act does not assist the appellants in establishing standing. In *Borowski*, standing was first raised on appeal to this Court. However, the nature of the legislation in *Borowski* was such that no party directly affected could reasonably be expected to challenge the legislation. This made up for whatever evidentiary problems there may have been in raising standing so late in the day. In contrast to *Borowski*, the present Act does not discourage challenge. Nevertheless, a party seeking to challenge the Act must show there is no other reasonable and effective means of bringing the matter before the court. The appellants have failed on this point. Accordingly, Paul Magder Furs Ltd. and Hy & Zel's Inc. do not satisfy the third criterion for public interest standing to challenge the Act on the basis of a violation of s. 2(a) of the *Charter*.

Nor do the appellants have standing on the basis that their own religious rights have been violated. Assuming that corporations can have religious rights, there is no evidence and it is not alleged that the appellants' rights have been violated. As this Court stated in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-62:

*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues. A respondent cannot, by simply consenting to dispense with the factual background, require or expect a court to deal with an issue such as this in a factual void. *Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

appelants se fondent sur la preuve produite dans *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* donne à penser qu'il peut y avoir une manière plus raisonnable et plus efficace de soumettre cette question aux tribunaux.

La nature de la Loi n'aide pas les appelants à établir qu'ils ont qualité pour agir. Dans *Borowski*, la question de la qualité pour agir a été soulevée pour la première fois lors du pourvoi devant notre Cour. Toutefois, la nature de la loi dans *Borowski* était telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une partie directement touchée attaque cette loi. Cela compensait pour tout problème de preuve qui aurait pu se poser du fait que la question de la qualité pour agir était soulevée aussi tardivement. Contrairement à la situation dans *Borowski*, la présente loi ne décourage pas la contestation. Néanmoins, la partie qui cherche à contester la Loi doit démontrer qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux. Les appelants ont échoué sur ce point. Par conséquent, Paul Magder Furs Ltd. et Hy & Zel's Inc. ne satisfont pas au troisième critère de la qualité pour contester dans l'intérêt public la Loi en raison d'une violation de l'al. 2a) de la *Charte*.

Les appelants n'ont pas non plus qualité pour agir du fait que leurs propres droits religieux ont été violés. En supposant que les personnes morales peuvent avoir des droits religieux, il n'y a aucune preuve et il n'est pas allégué que les droits des appelants ont été violés. Comme notre Cour l'a affirmé dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362:

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. Un intimé ne peut pas, en consentant simplement à ce que l'on se passe de contexte factuel, attendre ni exiger d'un tribunal qu'il examine une question comme celle-ci dans un vide factuel. Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

More recently in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1093, this Court cautioned that "the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints." This mirrors the Court's vigilance in ensuring that it hears the arguments of the parties most directly affected by a matter. In the absence of facts specific to the appellants, both the Court's ability to ensure that it hears from those most directly affected and that *Charter* issues are decided in a proper factual context are compromised.

My colleague Justice L'Heureux-Dubé is of the opinion that the appellants satisfy the test for standing set out in *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331. In my opinion, this is not the proper case for deciding the extent to which *Smith* survives in view of the more liberal views relating to public interest standing. The appellants have not presented any evidence as to how they themselves have suffered exceptional prejudice under the *Smith* test.

In the absence of standing, the appeals are dismissed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case involves appeals by two corporate appellants, as well as a number of their retail employees, for a declaration as to the constitutionality of the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453 (the "Act"). More precisely, the Court is asked to answer the following constitutional questions:

1. Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, as am. by S.O. 1989, c. 3, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a) and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Plus récemment, dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1093, notre Cour a prévenu que «l'échec d'une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits.» Cela reflète la vigilance dont notre Cour fait preuve pour s'assurer qu'elle entend les arguments des parties qui sont le plus directement touchées par une question. L'absence de faits propres aux appelants compromet la capacité de la Cour de s'assurer qu'elle entend ceux qui sont le plus directement touchés et que les questions relatives à la *Charte* sont tranchées dans un contexte factuel approprié.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que les appelants satisfont au critère de la qualité pour agir énoncé dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331. Selon moi, ce n'est pas le bon cas pour déterminer la mesure dans laquelle l'arrêt *Smith* survit en fonction des opinions plus libérales relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Les appelants n'ont pas présenté de preuve sur la façon dont ils ont eux-mêmes subi un préjudice exceptionnel selon le critère de l'arrêt *Smith*.

Vu l'absence de qualité pour agir, le pourvoi est rejeté.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La présente affaire concerne les pourvois formés par deux personnes morales, de même que par un certain nombre de leurs employés du commerce de détail, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453 (la «Loi»). Plus précisément, la Cour doit répondre aux questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, modifiée par L.O. 1989, ch. 3, porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2a) ou l'art. 15, ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. To the extent that the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, as am. by S.O. 1989, c. 3, infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a) and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are the infringements or denials demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

2. Dans la mesure où la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, modifiée par L.O. 1989, ch. 3, porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2a) ou l'art. 15, ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'atteintes dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

The appellants challenge those sections of the Act which require retail businesses to close on certain holidays.

<sup>b</sup> Les appelants attaquent ces dispositions de la Loi qui obligent les commerces de détail à fermer certains jours fériés.

The Act restricts retail shopping on certain holidays, including Sundays, which are designated in s. 1(1)(a). Section 2 of the Act provides that "[n]o person carrying on a retail business... [or] employed by or acting on behalf of a person carrying on a retail business in a retail business establishment shall, (a) sell or offer for sale any goods or services therein by retail; or (b) admit members of the public thereto, on a holiday". Under s. 7, it is an offence punishable by fine to contravene the provisions of s. 2. Section 8 of the Act allows the Attorney General or a municipality to apply to a court for a closing order to ensure compliance with the terms of the Act. Before this Court, the appellants argued that the Act violates ss. 2(a) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that neither violation is saved under s. 1.

<sup>c</sup> La Loi limite la vente au détail certains jours fériés désignés au par. 1(1), notamment le dimanche. L'article 2 de la Loi prévoit qu'«[i]l est interdit, un jour férié, à quiconque exploite un commerce de détail [...] ou] est l'employé du dirigeant d'un commerce de détail ou agit au nom de ce dernier dans un établissement de commerce de détail: a) d'y vendre ou d'y mettre en vente des marchandises au détail, ou d'y rendre ou d'y offrir des services; b) d'en permettre l'accès au public.» En vertu de l'art. 7, quiconque contrevient à l'art. 2 est coupable d'une infraction et passible d'une amende. L'article 8 permet au Procureur général ou à une municipalité de demander à un tribunal d'ordonner la fermeture d'un établissement pour veiller au respect de la Loi. Devant notre Cour, les appelants ont fait valoir que la Loi viole l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'aucune de ces violations n'est sauvegardée en vertu de l'article premier.

### Proceedings

### Les procédures

The corporate appellants in this case, Hy and Zel's Inc. and Paul Magder Furs Ltd., have been the subject of numerous charges laid under s. 7 of the Act. In addition, the Attorney General commenced closing applications under s. 8 of the Act for failure to observe the holidays as required by the Act. In response, the corporate appellants, who were at this point joined by a number of their employees, brought cross-applications for declarations that the Act was unconstitutional. These applications were adjourned pending the decision of the High Court of Justice on a similar s. 8 application in *Peel (Regional Municipality) v. Great*

<sup>h</sup> Les personnes morales appelantes en l'espèce, Hy and Zel's Inc. et Paul Magder Furs Ltd., ont fait l'objet de nombreuses accusations portées en vertu de l'art. 7 de la Loi. En outre, le Procureur général s'est fondé sur l'art. 8 de la Loi pour présenter des requêtes visant à obtenir des ordonnances de fermeture pour inobservance des jours fériés prescrits par la Loi. En réponse, les personnes morales appelantes, auxquelles sont alors venus se joindre un certain nombre de leurs employés, ont présenté des requêtes visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi était inconstitutionnelle. Ces requêtes ont été ajournées jusqu'à



*Atlantic & Pacific Co. of Canada* which involved the identical legal issues. At the trial in *Peel*, the Act was found to be unconstitutional ((1990), 73 O.R. (2d) 289); the decision was reversed by the Court of Appeal ((1991), 2 O.R. (3d) 65); leave to appeal to this Court granted (*sub nom. Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario*, [1991] 3 S.C.R. x). Following the decision of the Court of Appeal in *Peel*, the applications of both Magder and Hy & Zel's were dismissed with a short endorsement, and the appeals to the Court of Appeal expedited so that they could be heard by this Court together with *Oshawa Group*.

In their written submissions, the appellants state that the cross-applications for declarations were commenced for the purpose of ensuring that, if the Attorney General decided to withdraw the s. 8 closing applications, the time, money and effort involved in the defence of those applications would not be wasted. They also contend that, as their appeals were dismissed by the Court of Appeal for the same reasons as *Peel*, they should, in fairness, be entitled to argue that the Court of Appeal erred in their conclusions in their appeal before this Court. In addition, the appellants submit that the endorsements of the trial judges and the Court of Appeal in these appeals confirm that all counsel understood that these proceedings, as the trial judge held in *Peel*, were to be a test case to determine the constitutional validity of the *Retail Business Holidays Act*.

The respondent, for its part, disputes those allegations and states, in particular, that it has never conceded the standing of the appellants to rely on the *Charter* rights of others.

ce que la Haute Cour de justice rende sa décision sur une requête semblable fondée sur l'art. 8 dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, qui portait sur les mêmes questions de droit. Au procès dans l'affaire *Peel*, la Loi a été jugée inconstitutionnelle ((1990), 73 O.R. (2d) 289); cette décision a été infirmée par la Cour d'appel ((1991), 2 O.R. (3d) 65); l'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée (*sub nom. Oshawa Group Ltd. c. Procureur général de l'Ontario*, [1991] 3 R.C.S. x). À la suite de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Peel*, les requêtes de Magder et de Hy & Zel's furent rejetées au moyen d'un bref jugement manuscrit, et les appels interjetés devant la Cour d'appel ont été entendus promptement afin que notre Cour puisse les entendre en même temps que l'affaire *Oshawa Group*.

Dans leur argumentation écrite, les appelants affirment avoir présenté les requêtes en jugement déclaratoire afin de s'assurer que le temps, l'argent et les efforts consacrés pour se défendre contre les requêtes présentées en vertu de l'art. 8 afin d'obtenir des ordonnances de fermeture ne soient pas perdus dans l'éventualité où le Procureur général déciderait de les retirer. Ils font aussi valoir que, puisque leurs appels ont été rejetés par la Cour d'appel pour les mêmes motifs que dans l'arrêt *Peel*, ils devraient en toute équité pouvoir soutenir, dans leur pourvoi devant notre Cour, que la Cour d'appel a commis une erreur dans ses conclusions. Les appelants prétendent, en outre, que les jugements manuscrits des juges de première instance et de la Cour d'appel dans les présents pourvois confirment que tous les avocats avaient compris que ces procédures, comme l'a conclu le juge de première instance dans l'affaire *Peel*, serviraient de cause type pour déterminer la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*.

Pour sa part, l'intimé conteste ces allégations et affirme notamment n'avoir jamais reconnu que les appelants avaient qualité pour invoquer les droits que la *Charte* garantit à autrui.

Analysis

As my colleague has set out the facts and procedural history of the case in the courts below, I shall dispense with repeating them here.

Justice Major, for the majority, would dismiss this appeal on the grounds that the corporate appellants lack standing to challenge the Act, and that the factual basis presented by the appellant retail employees is insufficient to establish either standing or that the Act infringes their rights in the present case. Accordingly, the majority declines to decide the merits of this appeal.

I must respectfully disagree both with their approach to the issue of standing and the result they have reached in this case. Given the procedural history of this appeal, the understanding of the appellants that this litigation was to proceed as a test case and, in particular, its effect on the large number of outstanding charges presently facing the appellants in the lower courts which raise the same constitutional issue, this is an appropriate case for this Court to exercise its discretion to grant the appellants standing. Moreover, this conclusion is, in my view, buttressed by a consideration of both the special and continuing effect of the Act on the appellants in this litigation, the goals of efficiency in the administration of justice and the costs to society and the parties involved of further litigation on the same issue as well as the general rationale underlying the rules of standing. Finally, recognition of the practical and financial impediments to challenging this legislation that would face the appellant employees without the assistance of the corporate appellants also militates in favour of granting standing to those appellants.

My colleague has concluded that the corporate appellants do not have standing to challenge the

Analyse

Comme mon collègue a énoncé les faits et tracé l'historique des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure, il ne m'est pas nécessaire de les reprendre ici.

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour à la majorité, le juge Major rejeterait le présent pourvoi pour le motif que les personnes morales appelantes n'ont pas qualité pour contester la Loi et que le fondement factuel présenté par les employés du commerce de détail appellants n'est pas suffisant pour établir qu'ils ont qualité pour agir ou que la Loi porte atteinte à leurs droits en l'espèce. En conséquence, la Cour à la majorité refuse de statuer sur le fond du présent pourvoi.

En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord tant avec la façon dont la Cour à la majorité aborde la question de la qualité d'agir qu'avec le résultat auquel elle arrive en l'espèce. Compte tenu de l'historique des procédures du présent pourvoi, du fait que les appelants comprenaient que le présent litige constituerait une cause type et, en particulier, de son effet sur le grand nombre d'accusations pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure, auxquelles les appelants font face actuellement et qui soulèvent la même question constitutionnelle, il est approprié que notre Cour exerce ici son pouvoir discrétionnaire de reconnaître aux appelants la qualité pour agir. De plus, j'estime que cette conclusion est étayée par un examen de l'effet spécial et permanent que la Loi a sur les appelants en l'espèce, par les objectifs d'efficacité dans l'administration de la justice et par les coûts qu'engendrent, pour la société et les parties en cause, des litiges supplémentaires sur la même question, de même que par la philosophie qui soutient les règles de la qualité pour agir. Enfin, la reconnaissance des obstacles pratiques et financiers à la contestation de cette mesure législative auxquels feraient face les employés appelants s'ils ne jouissaient pas de l'aide des personnes morales appelantes constitue aussi une raison de reconnaître à ces appelants la qualité pour agir.

Mon collègue a conclu que les personnes morales appelantes n'ont pas qualité pour contester

Act, as, in his view at p. 693, even “[a]ssuming that corporations can have religious rights, there is no evidence and it is not alleged that the appellants’ rights have been violated.” As for the appellant retail employees, relying on the Court’s pronouncements in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, and *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, my colleague finds that standing should be denied in the present case on the basis of the sufficiency of the evidence. I shall deal with each of these issues in turn. In doing so, I find it necessary to consider both the Court’s findings with respect to the religious rights of corporations and the principles and rationale that have traditionally undergirded the rules restricting standing.

It is crucial to differentiate, at the very outset, between standing and the entitlement to the relief sought. Simply stated, the question of standing involves the recognition of entitlement to come before the court to argue that a right has been violated or a legal obligation unfulfilled. According to Professor Scott, “it was a decision whether to decide” (K. E. Scott, “Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis” (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, at p. 669). Standing is, therefore, a threshold question which should remain both conceptually and factually distinct from the question as to whether, upon hearing the plaintiff, the court will accede to the request or, in a case such as this, recognize entitlement to the claimed right. Rather, as Professor Hogg observes in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1263, the question of standing essentially involves the determination as to whether a person has “sufficient stake in the outcome to invoke the judicial process” (emphasis added).

### 1. Religious Rights of Corporations

Although my colleague Major J. assumes rather than decides the issue of whether or not the corporate appellants do, in fact, have religious rights, in

la Loi puisqu’à son avis à la p. 693, même «[e]n supposant que les personnes morales peuvent avoir des droits religieux, il n’y a aucune preuve et il n’est pas allégué que les droits des appelants ont été violés.» Quant aux employés du commerce de détail appelants, mon collègue conclut, en se fondant sur les arrêts de notre Cour *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, et *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, qu’il y a lieu de leur refuser la qualité pour agir en l’espèce en raison du caractère suffisant ou non de la preuve. J’examinerai chacun de ces points à tour de rôle. Pour ce faire, j’estime qu’il est nécessaire d’examiner à la fois les conclusions de notre Cour en ce qui a trait aux droits religieux des personnes morales, et les principes et le raisonnement qui sous-tendent traditionnellement les règles restreignant la qualité pour agir.

Il est crucial, dès le départ, d’établir une distinction entre la qualité pour agir et le droit au redressement recherché. La question de la qualité pour agir comporte, tout simplement, la reconnaissance du droit de se présenter devant les tribunaux pour faire valoir qu’un droit a été violé ou qu’une obligation légale n’a pas été remplie. Selon le professeur Scott, [TRADUCTION] «il s’agissait de décider s’il y a lieu de décider» (K. E. Scott, «Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis» (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, à la p. 669). La qualité pour agir est donc une question préliminaire qui devrait, en théorie comme en pratique, demeurer distincte de la question de savoir si, après avoir entendu la partie demanderesse, la cour doit accéder à la demande ou, dans un cas comme celui qui nous occupe, reconnaître le droit au droit revendiqué. Comme le fait remarquer le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 1263, la question de la qualité pour agir consiste plutôt essentiellement à déterminer si une personne a [TRADUCTION] «dans l’issue de l’affaire, un intérêt suffisant pour recourir au processus judiciaire» (je souligne).

### 1. Les droits religieux des personnes morales

Même si mon collègue le juge Major présume, au lieu de décider, que les personnes morales appelantes ont effectivement des droits religieux, j’és-

my opinion a corporation's entitlement to invoke s. 2(a) *Charter* rights does not appear to yet have been conclusively resolved. Because of the way in which the case has proceeded, I think that it is important to discuss the matter briefly.

I reiterate here that it is important to distinguish between deciding that the appellants have or do not have standing to argue that their *Charter* rights have been infringed and deciding that those arguments should or should not succeed on their merits. The mere fact that certain individuals or groups are found incapable of relying on a *Charter* right may indeed dispose of the substance of a particular claim. However, while case law which runs counter to a litigant's *Charter* arguments may affect the decision to grant leave to appeal, it does not automatically dispose of the matter of standing. If this were not the case, persons directly affected by government action would be denied the forum in which to argue that a principle of *Charter* interpretation should be overturned or applied differently in a new context. Such a rule would run counter to the most basic tenets of constitutionalism. Quite apart from this, however, an examination of *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and subsequent rulings of this Court does not, in my opinion, compel the conclusion that the appellants have no standing to raise the matter of the infringement of their s. 2(a) *Charter* rights by the legislation challenged.

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the Court ruled that any defendant may rely on a constitutional defect in the law as a defence to a criminal charge. Dickson J. (as he then was) articulated the rationale as follows, *supra*, at p. 313:

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law.

time que la question du droit d'une personne morale d'invoquer les droits garantis par l'al. 2a) de la *Charte* ne paraît pas encore avoir été résolue définitivement. En raison de la manière dont s'est déroulée la présente affaire, je crois qu'il importe d'analyser brièvement cette question.

Je répète ici qu'il est important d'établir une distinction entre décider que les appelants ont ou n'ont pas qualité pour faire valoir que les droits que la *Charte* leur garantit ont été violés, et décider que ces arguments sont ou ne sont pas fondés. Le simple fait que certaines personnes ou certains groupes soient jugés incapables d'invoquer un droit garanti par la *Charte* règle, en réalité, le fond d'une demande particulière. Toutefois, même si une jurisprudence qui va à l'encontre des arguments d'une partie fondés sur la *Charte* risque d'influer sur la décision d'accorder l'autorisation d'appel, elle ne tranche pas automatiquement la question de la qualité pour agir. S'il en était autrement, les personnes directement touchées par une mesure gouvernementale ne disposeraient d'aucune tribune pour faire valoir qu'un principe d'interprétation de la *Charte* devrait être écarté ou appliqué différemment dans un nouveau contexte. Une telle règle irait à l'encontre des préceptes les plus fondamentaux du constitutionnalisme. Indépendamment de cela, toutefois, un examen de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et de décisions subséquentes de notre Cour ne force pas à conclure, selon moi, que les appelants n'ont pas qualité pour soulever la question de l'atteinte que la mesure législative contestée porte aux droits que leur garantit l'al. 2a) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour a décidé que tout défendeur peut opposer comme moyen de défense à une accusation criminelle un défaut de la loi sur le plan constitutionnel. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) formule ainsi le principe applicable, à la p. 313:

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle.

Some years later, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court held that a corporation may not avail itself of the protection of s. 7 of the *Charter*, on the ground that a corporation cannot possess rights which, by their nature, are reserved to natural persons. This decision currently provides the foundation for the view that a litigant may not, in a constitutional challenge, invoke *Charter* rights that he, she or it does not possess. However, subsequently, in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, the Court did allow the corporate defendant to raise the s. 7 rights of others in defence, despite what was said in *Irwin Toy*.

A number of observations about this jurisprudence are appropriate at this point. First, there is no suggestion either in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* or in *Irwin Toy* that the Court's ruling on the rights of the appellants affected their standing to argue before the Court an infringement of their constitutional rights. The decision is, rather, limited to a discussion of the applicability of the right guaranteed under s. 7 of the *Charter* to corporate litigants.

Second, the *ratio decidendi* of *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* must be carefully scrutinized. The Court did not decide that a corporation cannot invoke the rights guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*, nor did it find that a corporation was unable to rely on an infringement of a natural persons's religious rights in civil proceedings. Rather, the *ratio* of that case is the positive right of a corporation to rely on the *Charter* rights of others in defence to a criminal charge. The Court did not consider at all whether corporations may have rights under s. 2(a) of the *Charter*: it was held to be irrelevant, in view of the fact that no one could be convicted under an unconstitutional law, be it a corporation or an individual litigant.

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J., speaking for the majority, did say in *obiter* at p. 784 that he had "no hesi-

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a conclu qu'une personne morale ne peut invoquer la protection de l'art. 7 de la *Charte* parce qu'une telle personne ne saurait avoir des droits qui, de par leur nature, sont réservés aux personnes physiques. Cet arrêt étaye actuellement le point de vue selon lequel une partie ne peut, dans une contestation constitutionnelle, invoquer des droits garantis par la *Charte* qu'elle ne possède pas. Par la suite, toutefois, dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, la Cour a permis à la personne morale défenderesse de soulever comme moyen de défense les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à autrui, malgré ce qui avait été dit dans l'arrêt *Irwin Toy*.

Il convient, à ce stade, de faire un certain nombre d'observations sur cette jurisprudence. En premier lieu, rien ne suggère, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* ou dans l'arrêt *Irwin Toy*, que ces décisions sur les droits des appelants aient influé sur leur qualité pour faire valoir devant la Cour que leurs droits constitutionnels avaient été violés. La décision se limite plutôt à une analyse de l'applicabilité du droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* à des parties qui sont des personnes morales.

En deuxième lieu, la *ratio decidendi* de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* doit être scrutée avec soin. La Cour n'a pas décidé qu'une personne morale ne peut invoquer les droits garantis par l'al. 2a) de la *Charte*, ni conclu qu'une personne morale ne pouvait invoquer une atteinte aux droits religieux d'une personne physique dans des poursuites civiles. La *ratio* de cet arrêt repose plutôt sur le droit positif qu'a une personne morale d'opposer comme moyen de défense à une accusation criminelle les droits que la *Charte* garantit à autrui. La Cour n'a pas examiné du tout la question de savoir si les personnes morales peuvent avoir des droits en vertu de l'al. 2a) de la *Charte*: cette question a été jugée non pertinente, puisque nulle personne, morale ou physique, ne peut être déclarée coupable en vertu d'une loi inconstitutionnelle.

Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a affirmé,

tation in remarking that a business corporation cannot possess religious beliefs". Again, however, that issue was left open, since the case stood to be decided on the question of whether the provisions of the *Retail Business Holidays Act* of Ontario, as they then stood, contravened s. 2(a) of the *Charter*, and if so, were saved by s. 1. More importantly, Dickson C.J. expressly recognized that, if the legislation had not been justified under s. 1, as it was in that case, a number of other issues would have arisen, among which is the following, at p. 785:

A more difficult question is whether a corporate entity ought to be deemed in certain circumstances to possess the religious values of specified natural persons. If so, should the religion of the directors or shareholders or even employees be adopted as the appropriate test? What if there is a divergence of religious beliefs within the corporation?

Thus, in my opinion, a corporation's entitlement to invoke s. 2(a) *Charter* rights does not appear to yet have been conclusively resolved.

As to the specific issue of standing, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. did make the following comments at p. 313:

Standing and jurisdiction to challenge the validity of a law pursuant to which one is being prosecuted is the same regardless of whether that challenge is with respect to ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* or with respect to the limits imposed on the legislatures by the *Constitution Act, 1982*.

Later, at p. 315, he continued:

In my view there can be no question that the respondent is entitled to challenge the validity of the *Lord's Day Act* on the basis that it violates the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion.

Although Dickson J. in that case indicated that an individual voluntarily seeking standing would

en *obiter*, à la p. 784, qu'il «n'hésit[ait] pas à faire observer qu'une société commerciale ne saurait avoir des croyances religieuses». Encore une fois, cependant, la question est restée entière puisque le litige portait sur la question de savoir si les dispositions alors en vigueur de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario contrevenaient à l'al. 2a) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elles étaient sauvegardées par l'article premier. Qui plus est, le juge en chef Dickson a expressément reconnu que si la mesure législative n'avait pas été justifiée en vertu de l'article premier, comme c'était le cas dans cette affaire, un certain nombre d'autres questions se seraient posées, notamment la suivante (à la p. 785):

Une question plus difficile est de savoir si une personne morale devrait être réputée dans certains cas avoir les valeurs religieuses de personnes physiques spécifiques? Dans l'affirmative, devrait-on adopter comme critère approprié la religion de ses administrateurs, de ses actionnaires ou même de ses employés? Qu'arrivera-t-il si on trouve chez une même personne morale différentes croyances religieuses?

J'estime donc que la question du droit d'une personne morale d'invoquer les droits garantis par l'al. 2a) de la *Charte* ne semble pas encore avoir été résolue définitivement.

Quant à la question précise de la qualité pour agir, le juge Dickson a fait les commentaires suivants, à la p. 313 de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*:

Lorsqu'il s'agit de contester la validité d'une loi en vertu de laquelle on fait l'objet de poursuites, il est sans importance, en ce qui concerne la qualité pour agir et la compétence du tribunal, que la contestation soit fondée sur les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou sur les restrictions imposées aux corps législatifs par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Plus loin, à la p. 315, il ajoute:

À mon avis, il ne fait pas de doute que l'intimée a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*.

Quoique, dans cet arrêt, le juge Dickson ait indiqué qu'une personne qui demanderait volontai-

be treated as a public interest litigant, he also remarked at p. 314:

The argument that the respondent, by reason of being a corporation, is incapable of holding religious belief and therefore incapable of claiming rights under s. 2(a) of the *Charter*, confuses the nature of this appeal. A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation. It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue. [Emphasis added.]

Since, in my view, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, does not decide the question of standing in the present case, it is necessary to consider the rule, principles and rationale concerning standing. The rule governing standing in such ordinary cases is set out in *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, to which I shall first turn. Then, I will discuss the judgments of this Court on public interest standing as they bear on litigants in the position of the appellants in this case. Finally, I shall consider the judgments in *Irwin Toy*, *supra*, and *Wholesale Travel Group*, *supra*, as regards the standing of corporate litigants under the *Charter*. In my view, it is clear, on examination of the principles and rationale of standing, that the appellants, as persons directly affected by the legislation which is challenged, must be entitled to seek a ruling as to the constitutionality of the Act.

## 2. Standing: Principles and Rationale

Courts have traditionally seen it necessary to impose restrictions on standing to control the proper use of the forum and its resources. Underlying these restrictions are a number of rationales which have been invoked, depending on the context, when the issue of standing has come before the courts. Three major concerns are typically identified: the proper allocation of judicial

rement la qualité pour agir serait traitée comme une partie à un litige d'intérêt public, il a également fait remarquer ceci, à la p. 314:

L'argument portant que l'intimée, parce qu'elle est une personne morale, est incapable d'avoir des croyances religieuses et, par conséquent, incapable d'invoquer des droits en vertu de l'al. 2a) de la *Charte* a pour effet de brouiller la nature de ce pourvoi. La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi, non pas le statut de l'accusé, qui est en question. [Je souligne.]

Étant donné qu'à mon avis l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, ne règle pas la question de la qualité pour agir dans la présente affaire, il est nécessaire d'examiner la règle, les principes et le raisonnement applicables à la qualité pour agir. La règle qui régit la qualité pour agir dans ces cas ordinaires est énoncée dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, que je vais examiner en premier lieu. J'analyserai ensuite les arrêts rendus par notre Cour sur la qualité pour agir dans l'intérêt public dans la mesure où ils se rapportent aux parties dans la situation des appelants en l'espèce. J'examinerai enfin les arrêts *Irwin Toy* et *Wholesale Travel Group*, précités, en ce qui concerne la qualité pour agir des personnes morales sous le régime de la *Charte*. À mon avis, il ressort clairement de l'examen des principes et du raisonnement qui sous-tendent la qualité pour agir que les appelants, à titre de personnes touchées directement par la mesure législative attaquée, doivent avoir le droit de demander qu'on décide de la constitutionnalité de la Loi.

## 2. Qualité pour agir: principes et raisonnement

Traditionnellement, les tribunaux ont jugé nécessaire d'imposer des restrictions à la qualité pour agir afin de contrôler un usage approprié du processus judiciaire et de ses ressources. Ces restrictions reposent sur un certain nombre de raisonnements qui ont été invoqués, selon le contexte, lorsque les tribunaux ont été saisis de la question de la qualité pour agir. Trois préoccupations prin-

resources; the prevention of vexatious suits brought at the behest of mere "busybodies"; and the particular requirements of the adversary system. The first category includes such concerns as fears about a multiplicity of suits, otherwise known as the "floodgates" argument. Within the second category, courts have employed standing restrictions to ensure that issues are fully canvassed by promoting the use of the judicial process to decide live disputes between parties as opposed to hypothetical ones. Under the latter category are subsumed such matters as the "justiciability" of the issue before the courts, whether the full dimensions of the issue can be expected to be aired before the court and limits on the exercise of judicial power. (See generally: T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), at p. 191; P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1263; British Columbia Law Reform Commission, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980)).

Accordingly, until recent years in Canadian law, standing to challenge the validity of a law was narrowly construed. Under the "exceptional prejudice" rule articulated in *Smith, supra*, in order to challenge a law of general application, a plaintiff was required to establish that the effect of the legislation was greater or different than its effect on the public at large. Moreover, the plaintiff had to establish a judicially cognizable interest in the legislation which, at that time, meant an interest affecting the personal, proprietary or pecuniary rights of the plaintiff.

A corollary to this restrictive rule was the assumption that the Attorney General could be relied upon to act as the guardian of the public interest. The role of the Attorney General has its origins in the tort of public nuisance and devel-

opales sont habituellement identifiées: l'affectation appropriée des ressources judiciaires, la prévention des poursuites vexatoires intentées par simple excès de zèle, et les exigences particulières du système accusatoire. La première catégorie comprend des préoccupations comme la crainte de voir naître une multiplicité de poursuites, que l'on connaît également sous le nom de l'argument de l'avalanche de poursuites. En ce qui a trait à la deuxième catégorie, les tribunaux ont eu recours à des restrictions à la qualité pour agir afin de s'assurer que les points en litige sont examinés à fond, en favorisant le recours au processus judiciaire pour trancher des litiges réels entre des parties plutôt que des litiges hypothétiques. Quant à la dernière catégorie, elle englobe des questions comme la possibilité de régler par voie judiciaire le point litigieux soumis aux tribunaux, la question de savoir si on peut s'attendre à ce que toutes les facettes d'un point litigieux soient exposées devant le tribunal et les limites imposées à l'exercice du pouvoir judiciaire. (Voir, en général, T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), à la p. 191; P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 1263; Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980)).

Ainsi, jusqu'à tout récemment en droit canadien, on a interprété de manière stricte la qualité pour contester la validité d'une loi. Selon la règle du «préjudice exceptionnel» énoncée dans l'arrêt *Smith*, précité, un demandeur devait, pour contester une loi d'application générale, établir que cette loi avait sur lui un effet plus grand ou autre que celui qu'elle avait sur le grand public. Le demandeur devait en outre établir qu'il avait dans la loi un intérêt relevant de la compétence des tribunaux, ce qui, à l'époque, signifiait un intérêt touchant ses droits personnels ou pécuniaires, ou encore ceux qu'il possédait à titre de propriétaire.

Comme corollaire de cette règle restrictive, il existait une présomption que l'on pouvait compter sur le Procureur général pour agir à titre de gardien de l'intérêt public. Le rôle du Procureur général tire son origine du délit de nuisance publique et il



oped in the United Kingdom where, due to the unitary nature of the state and the supremacy of Parliament, there was no prospect that a law might be declared unconstitutional in a court of law.

With the exception of specified classes of cases involving suits such as those brought by shareholders and municipal ratepayers, the general rule as set out in *Smith* remained the means by which entitlement to standing was assessed for the next fifty years. The effect of the enforcement of traditional standing rules, however, was effectively to immunize certain types of legislation from the scrutiny of the courts. Recognizing that the absence of a means to challenge the acts of the legislature offends the fundamental principles of constitutionality, the rules for public interest standing have been considerably relaxed in recent years. In the trilogy of decisions on standing, *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, this Court reviewed the rationale underlying standing and developed the test which now governs public interest standing. As one commentator observed, the effect of these cases is to "cast off the mechanical application of the public nuisance standing rule to constitutional cases" and to endorse a more functional approach to the question of standing (Cromwell, *supra*, at p. 90).

Laskin J., as he then was, pointed out in *Thorson*, *supra*, at p. 150, that the standing principles developed in tort law with respect to public nuisance could not be transferred wholesale to the litigation of constitutional issues. While it might be reasonably expected that the Attorney General would be sensitive to interferences with public rights, it is doubtful whether this would be so with respect to constitutional issues, given the Attorney General's obligation, as legal officer of the govern-

s'est développé au Royaume-Uni où, en raison de la nature unitaire de l'État et de la suprématie du Parlement, il n'y avait aucune chance que les tribunaux déclarent une loi inconstitutionnelle.

a

À l'exception de catégories précises de cas où il est question d'actions comme celles qu'engagent des actionnaires ou des contribuables municipaux, la règle générale énoncée dans l'arrêt *Smith* est demeurée, pendant les cinquante années qui ont suivi, le moyen d'évaluer le droit à la qualité pour agir. L'application des règles traditionnelles de la qualité pour agir a toutefois eu pour effet de soustraire certains types de mesures législatives à l'examen judiciaire. À la suite de la reconnaissance que l'absence de moyen de contester les lois est contraire aux principes fondamentaux de la constitutionnalité, les règles de la qualité pour agir dans l'intérêt public ont été assouplies considérablement au cours des dernières années. Dans la trilogie d'arrêts rendus sur la qualité pour agir, à savoir *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, notre Cour a examiné le raisonnement qui soutend la qualité pour agir et a établi le test qui régit maintenant la qualité pour agir dans l'intérêt public. Comme l'a fait observer un commentateur, ces arrêts ont pour effet d'[TRADUCTION] «écarter l'application automatique, aux affaires constitutionnelles, de la règle de la qualité pour agir fondée sur la nuisance publique» et d'adopter une façon plus pratique d'aborder la question de la qualité pour agir (Cromwell, *op. cit.*, à la p. 90).

Le juge Laskin, plus tard Juge en chef, a souligné, à la p. 150 de l'arrêt *Thorson*, précité, que les principes de la qualité pour agir établis en droit de la responsabilité délictuelle à l'égard de la nuisance publique ne pouvaient être transposés intégralement dans le domaine des litiges portant sur des questions constitutionnelles. Si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que le Procureur général soit sensible aux atteintes portées à des droits publics, il est douteux qu'il en soit ainsi relativement à des questions constitutionnelles, étant donné l'obligation qu'a le Procureur général,

ment, to enforce its legislation (see also Hogg, *supra*, at p. 1265).

In addition, cases involving challenges to the constitutionality of a law attract powerful countervailing arguments in favour of an expansive approach to standing. As Laskin J. put it in *Thorson, supra*, at p. 163, where an issue is justiciable, it is "the right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament" that supports the argument in favour of standing. Laskin J., in the same case, made a number of other observations which signal a departure from the strict approach to standing which characterized earlier decisions. First, standing is at the discretion of the courts. Second, standing relates to access to justice and concerns with the effectiveness of the judicial process. Finally, he observed that concerns about the multiplicity of suits may not be as great as previously feared.

On this last point, citing *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 S.C.R. 657, where the Court recognized the right of a municipal ratepayer who could not establish exceptional prejudice to challenge the legality of municipal expenditures, Laskin J. noted, at p. 145, that this decision had "not spawned any inordinate number of ratepayers' actions". In his view, courts are entirely able to control declaratory actions through the exercise of discretion, directing stays and imposing costs. This suggests that concerns about the multiplicity of actions may in many cases be overstated and, in any event, are amenable to the control of the courts.

In *Borowski, supra*, the Court set out the rules for public interest standing in cases raising the constitutionality of legislation as follows at p. 598:

en tant que représentant juridique du gouvernement, d'en appliquer les lois (voir aussi Hogg, *op. cit.*, à la p. 1265).

<sup>a</sup> De plus, les affaires où l'on attaque la constitutionnalité d'une loi donnent lieu à de puissants contre-arguments en faveur d'une façon plus large d'aborder la qualité pour agir. Comme l'affirme le juge Laskin, à la p. 163 de l'arrêt *Thorson*, précité, lorsqu'une question est réglable par voie judiciaire, c'est «le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement» qui étaye l'argument en faveur de la qualité pour agir. Dans le même arrêt, <sup>b</sup> le juge Laskin a fait un certain nombre d'observations qui indiquent une dérogation à la façon stricte d'aborder la qualité pour agir qui caractérisait les décisions antérieures. En premier lieu, la qualité pour agir est laissée à la discrétion des tribunaux. <sup>c</sup> En deuxième lieu, la qualité pour agir a trait à l'accès à la justice et concerne l'efficacité du processus judiciaire. En dernier lieu, il a fait observer qu'il est possible que les préoccupations relatives à la multiplicité des poursuites ne soient pas aussi graves qu'on l'avait craint antérieurement. <sup>d</sup> <sup>e</sup>

À ce sujet, citant l'arrêt *MacIlreith c. Hart* (1908), 39 R.C.S. 657, où notre Cour a reconnu à un contribuable municipal, qui ne pouvait établir l'existence d'un préjudice exceptionnel, le droit de contester la légalité de dépenses municipales, le juge Laskin souligne, à la p. 145, que cet arrêt n'a «pas [...] engendré un nombre excessif d'actions de contribuables». À son avis, les tribunaux sont parfaitement en mesure de contrôler les actions déclaratoires soit par voie discrétionnaire, en ordonnant une suspension d'instance, soit par l'imposition de dépens. Cela laisse entendre que les préoccupations relatives à la multiplicité des actions peuvent, dans bien des cas, être exagérées et que, de toute façon, elles sont susceptibles de contrôle judiciaire. <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup>

Dans l'arrêt *Borowski*, précité, notre Cour énonce ainsi, à la p. 598, les règles de la qualité pour agir dans l'intérêt public dans les affaires qui soulèvent la constitutionnalité de mesures législatives:

... to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

Moreover, in *Borowski*, the nature of the interest that a litigant must demonstrate was expanded so that, as long as there is a serious question of validity and no other means to have it tested before the courts, it is no longer necessary to demonstrate that one's personal rights are affected in order to have standing to litigate the issue.

The effect of the trilogy has been to broaden access greatly to the courts to persons who would previously not have been granted standing and to remove the categorical barriers to standing. In addition, there is increasing recognition, most evident in *Thorson*, that courts should look beneath the rules governing standing and consider the rationale as it applies to the facts of a particular case.

The test for standing in cases which raise issues of public interest, crystallized in *Borowski*, was recently applied by this Court in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, in the context of an attempt to challenge legislation under the *Charter*. Cory J., speaking for the Court, elaborated on the diverse considerations which will affect the decision as to whether or not to grant standing. First, legislation should not be immunized from attack. Second, public interest standing is not required when, on the balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant. Finally, as a consequence of the entrenchment of the *Charter*, the granting of standing remains discretionary, but discretion should be exercised in a liberal and generous manner. Standing was not granted in that case

... pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

En outre, dans l'arrêt *Borowski*, on a étendu la nature de l'intérêt qu'une partie doit démontrer de sorte qu'en autant que se pose une question sérieuse de validité et qu'il n'existe aucun autre moyen de la faire vérifier en cour, il n'est plus nécessaire de démontrer que ses droits personnels sont directement touchés pour avoir qualité pour débattre la question en litige.

Cette trilogie a eu pour effet d'élargir considérablement l'accès aux tribunaux de personnes qui, auparavant, ne se seraient pas vu reconnaître qualité pour agir, et de supprimer les obstacles à la qualité pour agir qui sont fondés sur une catégorie. Il y a, en outre, une reconnaissance accrue, plus évidente dans l'arrêt *Thorson*, du fait que les tribunaux devraient scruter plus attentivement les règles qui régissent la qualité pour agir et en dégager les principes pour vérifier s'ils s'appliquent aux faits d'une affaire donnée.

Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, notre Cour a récemment appliqué, dans le contexte d'une tentative de contester une mesure législative en invoquant la *Charte*, le test relatif à la qualité pour agir dans les affaires soulevant des questions d'intérêt public, qui s'est cristallisé dans l'arrêt *Borowski*. Le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a expliqué les diverses considérations qui influent sur la décision de reconnaître ou non la qualité pour agir. En premier lieu, la mesure législative ne devrait pas être à l'abri des contestations. En deuxième lieu, la qualité pour agir dans l'intérêt public n'est pas nécessaire lorsque, selon la prépondérance des probabilités, on peut démontrer qu'un particulier contestera la mesure. En dernier lieu, à la suite de l'insertion de la *Charte* dans la Constitution, la

on the basis that there was another more effective means of addressing the issue.

At this point, the following question must be addressed, specifically: should the rules recently developed by this Court as regards public interest litigants govern those litigants who fall squarely within the rule in *Smith*? In other words, should the trilogy test bar the standing of those litigants who would otherwise benefit from the rule in *Smith*? The question arises because, in this case, while the appellants, of necessity, also fall into the category of "public interest litigants", in my opinion, they are better described as persons who experience "exceptional prejudice" under the Act. Thus, as I shall outline, the rules for public interest standing articulated in the trilogy may not be tailored to meet their particular interests in the present litigation.

The position of the appellants, in contrast to that of the public interest litigant, may be described as follows. The basic thrust of public interest standing is to provide an avenue of access to the courts to those who, because they have no cause of action under traditional rules, lack the means of bringing their concerns before the courts. The expanded rules of public interest were intended to accommodate such persons so that legislation would not be otherwise immunized from attack. However, what litigants such as the appellants seek is standing to argue the constitutionality of a law by which they are directly and particularly affected.

In my view, this general rule of standing set out in *Smith* remains applicable to litigants seeking declarations under the *Charter* as well as in the ordinary case. There is nothing in the trilogy to suggest otherwise. Thus, litigants are still entitled to standing as long as they are able to establish that

reconnaissance de la qualité pour agir demeure discrétionnaire, mais ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé d'une façon libérale et générale. Dans cette affaire, la qualité pour agir n'a pas été reconnue parce qu'il existait un autre moyen plus efficace d'aborder la question en litige.

À ce stade, il y a lieu d'aborder la question précise suivante: les règles récemment établies par notre Cour à l'égard des parties à un litige d'intérêt public devraient-elles régir les parties qui relèvent carrément de la règle énoncée dans l'arrêt *Smith*? En d'autres termes, le critère énoncé dans la trilogie devrait-il priver de la qualité pour agir les parties qui bénéficieraient par ailleurs de la règle énoncée dans l'arrêt *Smith*? Cette question se pose parce qu'en l'espèce, même si les appelants font nécessairement partie de la catégorie des parties à un litige d'intérêt public, il est préférable de les décrire comme des personnes qui subissent un «préjudice exceptionnel» en vertu de la Loi. Ainsi, comme je vais l'exposer, les règles relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public, énoncées dans la trilogie, ne sont peut-être pas conçues pour répondre aux intérêts particuliers des parties au présent litige.

La situation des appelants, par rapport à celle de la partie à un litige d'intérêt public, peut être décrite ainsi. La qualité pour agir dans l'intérêt public a pour objet fondamental d'offrir une voie d'accès aux tribunaux à ceux qui, parce qu'ils n'ont pas de cause d'action selon les règles traditionnelles, ne disposent d'aucun moyen de saisir les tribunaux de leurs préoccupations. Les règles élargies de l'intérêt public visaient à accommoder ces personnes de sorte que les lois ne soient pas autrement à l'abri des contestations. Toutefois, ce que des parties comme les appelants demandent, c'est la qualité pour débattre la constitutionnalité d'une loi qui les touche directement et particulièrement.

À mon avis, cette règle générale de la qualité pour agir, qui est énoncée dans l'arrêt *Smith*, demeure applicable aux parties qui demandent des jugements déclaratoires fondés sur la *Charte*, tout autant que dans une action ordinaire. Rien dans la trilogie ne suggère le contraire. Ainsi, les parties

they are "exceptionally prejudiced" by the legislation's effect on their private rights. Where such litigants, in addition, face criminal or quasi-criminal procedures and would be allowed to raise the constitutionality of the legislation in defence, the arguments in favour of entitlement to standing seem unassailable. In the result, standing is available to such litigants commencing declaratory actions on the basis of the *Charter*.

A parallel conclusion as to the effect of the new test for public interest standing was reached by Le Dain J. for the Court in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. His reasons clearly disclose that the public interest standing test is an addition, not a replacement, to the general rule governing standing. In that case, Le Dain J. confronted the question of the appropriate test for standing in the context of an administrative challenge to the statutory authority of the provincial government regarding the setting of public welfare rates. He commenced his examination of standing with the following passage at p. 618:

*Thorson, McNeil* and *Borowski* represent a departure from or exception to that general rule, but before considering their application in the present case it is necessary to consider whether the respondent has a sufficient interest in the legality of the federal cost-sharing payments to bring him within the general rule.

Le Dain then held at pp. 623-24 that:

... I am on balance of the view that the relationship between the prejudice allegedly caused to the respondent by the provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan and the alleged illegality of the federal payments is too indirect, remote or speculative to be a sufficient causative relationship for standing under the general rule. The respondent must therefore in my opinion rely for standing on what is essentially a public interest in the legality of the federal cost-sharing payments. . . . It is accordingly necessary to consider whether the respondent should be rec-

ont encore droit à la qualité pour agir, en autant qu'elles sont capables d'établir que l'effet de la Loi sur leurs droits privés leur cause un «préjudice exceptionnel». Si de telles parties sont en outre exposées à des poursuites criminelles ou quasi criminelles et si elles étaient autorisées à opposer comme moyen de défense la question de la constitutionnalité de la Loi, les arguments en faveur du droit à la qualité pour agir semblent irréfutables. En définitive, la qualité pour agir peut être recon- nue aux parties qui intentent des actions déclaratoires fondées sur la *Charte*.

Le juge Le Dain a adopté, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, une conclusion parallèle en ce qui a trait à l'effet du nouveau critère relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Ses motifs révèlent clairement que le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public est un ajout, et non une substitution, à la règle générale qui régit la qualité pour agir. Dans cette affaire, le juge Le Dain était saisi de la question du critère qu'il convient d'appliquer à la qualité pour agir dans le contexte d'une contestation administrative du pouvoir légal du gouvernement provincial en matière d'établissement des taux de prestations sociales. Il a amorcé son examen de la qualité pour agir, en affirmant ceci, à la p. 618:

Les arrêts *Thorson, McNeil* et *Borowski* s'écartent de cette règle générale ou y font exception, mais avant d'examiner s'ils s'appliquent en l'espèce, il est nécessaire de rechercher si l'intimé a un intérêt suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais pour satisfaire à la règle générale.

Le juge Le Dain conclut ensuite, aux pp. 623 et 624 que:

... tout bien pesé, je suis d'avis néanmoins que le rapport entre le préjudice prétendument causé à l'intimé par le non-respect provincial des conditions et engagements imposés par le Régime et la prétendue illégalité des versements fédéraux est trop indirect, éloigné ou conjectural pour constituer un rapport causal suffisant pour conférer qualité en vertu de la règle générale. L'intimé doit donc, à mon avis, se rabattre, pour avoir qualité, sur ce qui est essentiellement un intérêt public dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais [. . .] Il est par conséquent nécessaire de rechercher si

ognized as having standing, as a matter of judicial discretion, by application of the principle or approach reflected in the decisions of this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*.

The following commentary by Cromwell, *supra*, at p. 69, endorses this approach to standing in constitutional cases and, in my view, is also helpful to assess the impact of the trilogy on the rule in *Smith*:

The constitutional cases in which standing difficulties have been encountered are those in which citizens seek a declaration but cannot allege that the impugned legislation affects any traditionally recognized "private rights", or that some general effect strikes at them differently than at other citizens.

As a consequence, he suggests at p. 82, that if, under pre-existing doctrine, the plaintiff had the right to sue, standing should be granted:

... the result of *Thorson* and *McNeil* was to create a new, discretionary approach to standing that is available for those who do not come within the *Smith* test of "exceptional prejudice". For those that do, standing remains as of right. [Emphasis added.]

This view also appears to be shared by B. L. Strayer in *The Canadian Constitution and the Courts* (3rd ed. 1988), who concludes at pp. 187-88 that the effect of the trilogy is to provide an avenue to those who cannot otherwise show that they have a special interest or fall within a category of persons with a recognized right to commence a public action such as a declaratory action.

It is evident that, strictly speaking, where litigants satisfy the criteria set out in the general rule for standing, it is unnecessary to resort to the test set out in the trilogy. However, for the following reasons, the test in the trilogy should not conflict but rather must be aligned with the general rule in *Smith*. Thus, even if the public interest standing test is applied to litigants who are exceptionally prejudiced, in my view, such litigants should also succeed under this test, applied flexibly and pur-

l'intimé devrait se voir investi de la qualité pour agir, en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal, par une application du principe ou de la conception exposé dans nos arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*.

Le commentaire suivant de Cromwell, *op. cit.*, à la p. 69, appuie cette façon d'aborder la qualité pour agir dans des affaires constitutionnelles et, à mon avis, est également utile pour évaluer l'effet de la trilogie sur la règle établie dans l'arrêt *Smith*:

[TRADUCTION] Les affaires constitutionnelles où on a éprouvé des difficultés en matière de qualité pour agir sont celles où des citoyens demandent un jugement déclaratoire sans pouvoir prétendre que la mesure législative attaquée touche quelque «droit privé» traditionnellement reconnu, ou que quelque effet général les atteint différemment des autres citoyens.

En conséquence, il suggère, à la p. 82, que si, selon la doctrine courante, le demandeur avait le droit de poursuivre, la qualité pour agir lui soit reconnue:

[TRADUCTION] ... les arrêts *Thorson* et *McNeil* ont eu pour résultat de créer une façon nouvelle et discrétionnaire d'aborder la qualité pour agir qui peut être reconnue à ceux qui ne sont pas visés par le critère du «préjudice exceptionnel» établi dans l'arrêt *Smith*. Pour ceux qui sont visés par ce critère, la qualité pour agir demeure reconnue de plein droit. [Je souligne.]

Ce point de vue semble aussi être partagé par B. L. Strayer dans *The Canadian Constitution and the Courts* (3<sup>e</sup> éd. 1988), qui conclut, aux pp. 187 et 188, que la trilogie a pour effet d'offrir une voie à ceux qui ne peuvent par ailleurs démontrer qu'ils ont un intérêt spécial ou appartiennent à une catégorie de personnes ayant un droit reconnu d'exercer un recours public telle une action déclaratoire.

Il est évident qu'à strictement parler lorsque des parties satisfont aux critères établis dans la règle générale applicable à la qualité pour agir, il n'est pas nécessaire de recourir au critère de la trilogie. Toutefois, pour les raisons suivantes, le critère établi dans la trilogie devrait non pas entrer en conflit avec la règle générale énoncée dans l'arrêt *Smith*, mais plutôt s'harmoniser avec elle. Ainsi, même si on applique le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public aux parties qui subissent un préjudice exceptionnel, j'estime que celles-ci devraient également avoir gain de cause grâce à une applica-

positively with consideration to both the position of the litigants and the context of the case.

First, it must be recalled that the expansion of public interest standing developed by this Court in *Thorson, supra, McNeil, supra, and Borowski, supra*, was not designed to restrict access to the courts but to liberalize it. It would be anomalous, if not perverse, to find that a plaintiff who formerly would have succeeded in bringing a constitutional challenge simply by the ability to establish exceptional prejudice under the legislation is now barred due to rigid adherence to a formula designed to serve as a means of sorting out meritorious from less deserving claims to public interest standing.

Second, it is now firmly established, since the trilogy, that standing is a matter of discretion for the courts. Furthermore, as the rule regarding public interest litigants set out in *Borowski, supra*, and *Canadian Council of Churches, supra*, must *a fortiori* apply to litigants who suffer exceptional prejudice to their personal and proprietary rights under the Act, such discretion must be exercised in a generous and liberal manner. While guidelines remain useful and important, a strict, no-exception approach should be eschewed. Rather, a flexible approach that allows courts to respond to a spectrum of concerns affecting both the parties and the administration of justice is to be preferred.

Third, as we recognize that citizens have an interest in the constitutionally sound behaviour on the part of the legislatures, where the constitutionality of legislation is at issue, the primary focus is on the law itself, not the position of the parties. In this regard, it is worth restating the words of

tion souple et fondée sur l'objet visé de ce critère, qui tient compte à la fois de la situation des parties et du contexte de l'affaire.

Premièrement, il faut rappeler que l'extension de la qualité pour agir dans l'intérêt public conçue par notre Cour dans les arrêts *Thorson, McNeil et Borowski*, précités, visait non pas à restreindre l'accès aux tribunaux, mais plutôt à l'élargir. Il serait anormal, voire erroné, de conclure qu'un demandeur, qui auparavant aurait pu attaquer avec succès la constitutionnalité d'une mesure législative simplement grâce à sa capacité d'établir que cette mesure lui causait un préjudice exceptionnel, soit maintenant empêché de le faire en raison de l'adhésion stricte à une formule conçue pour départager les demandes valables de qualité pour agir dans l'intérêt public de celles qui le sont moins.

Deuxièmement, il est désormais bien établi, depuis la trilogie, que la qualité pour agir est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. De plus, comme la règle visant les parties à un litige d'intérêt public établie dans les arrêts *Borowski* et *Conseil canadien des Églises*, précités, doit à plus forte raison s'appliquer aux parties qui, en raison de la Loi, subissent un préjudice exceptionnel en ce qui a trait à leurs droits personnels et à ceux qu'elles possèdent à titre de propriétaires, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon généreuse et libérale. Bien que les lignes directrices demeurent utiles et importantes, il y a lieu d'éviter une approche stricte qui ne laisse place à aucune exception. Il faut plutôt préférer une approche souple qui permette aux tribunaux de répondre à une gamme de préoccupations touchant à la fois les parties et l'administration de la justice.

Troisièmement, comme nous reconnaissons que les citoyens ont intérêt à ce que les législateurs se comportent de façon appropriée sur le plan constitutionnel, lorsque la constitutionnalité d'une mesure législative est en cause, c'est sur la mesure législative elle-même et non sur la situation des parties que doit principalement porter l'examen. À cet égard, il est utile de reprendre les propos du

Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 314:

A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation. It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue. [Emphasis added.]

Fourth, in resolving the question of standing, following *Thorson*, the Court should take a purposive and functional rather than categorical approach to standing and resort should be made to the concerns underlying restrictions on standing. If the usual concerns, such as a multiplicity of suits, are not present, or indeed if the circumstances of the case indicate, as they do here, that the interests of judicial economy would actually be best served by awarding standing, nothing is gained by denying standing because another avenue to test the constitutionality of the legislation potentially exists.

Fifth, while concerns about judicial economy were successfully raised as a bar to standing to argue a *Charter* issue in *Canadian Council of Churches*, the significance of that factor must be considered in the particular context of each case.

In *Canadian Council of Churches*, the issue was whether or not standing should be granted to an umbrella group, demonstrating genuine commitment and interest in the plight of refugees, to contest the constitutionality of proposed changes to the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended. The Court denied standing. However, in so doing, the Court noted that literally thousands of refugee claims were filed every year, each of which potentially provided a means by which the constitutionality of the impugned provisions could be tested. Moreover, because of the ability of courts to grant intervenor status, there were arguably an equal number of opportunities for the plain-

juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 314:

La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi, non pas le statut de l'accusé, qui est en question. [Je souligne.]

Quatrièmement, pour régler la question de la qualité pour agir, à la suite de l'arrêt *Thorson*, la Cour devrait aborder la qualité pour agir d'une façon pratique et fondée sur l'objet visé plutôt que d'une façon fondée sur une catégorie, et recourir aux principes qui sous-tendent les restrictions apportées à la qualité pour agir. Si les préoccupations habituelles, telles que la multiplicité des poursuites, sont absentes ou, en fait, si, comme en l'espèce, les circonstances particulières indiquent que les intérêts de l'économie judiciaire seraient mieux servis par la reconnaissance de la qualité pour agir, on ne gagne rien en refusant de la reconnaître sous prétexte qu'il existe un autre moyen de vérifier la constitutionnalité de la mesure législative en cause.

Cinquièmement, même si, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, les préoccupations relatives à l'économie judiciaire ont été soulevées avec succès pour faire obstacle à la reconnaissance de la qualité pour débattre une question relative à la *Charte*, l'importance de ce facteur doit être appréciée dans le contexte particulier de chaque cas.

Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, il s'agissait de savoir s'il y avait lieu de reconnaître à un groupe de coordination, qui faisait preuve d'un engagement et d'un intérêt véritables à l'égard de la situation des réfugiés, la qualité pour attaquer la constitutionnalité des modifications que l'on projetait d'apporter à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 et ses modifications. Notre Cour a refusé de lui reconnaître la qualité pour agir. Ce faisant, elle a, toutefois, fait remarquer que des milliers de demandes de statut de réfugié étaient présentées chaque année, chacune pouvant constituer un moyen de tester la constitutionnalité des dispositions attaquées. De plus, en raison de la



tiffs to bring their particular views before the courts. Hence, there was no question of either the immunization of the changes to the Act from judicial scrutiny or any real barrier to the appellants' ability to get their particular views on the issue before the courts.

In general terms, as this Court recognized in *Thorson*, concerns about judicial economy and the multiplicity of lawsuits are often overstated. In the usual case, there are enough practical disincentives to litigants by reason of costs and inconvenience to discourage those who have no real stake in the outcome of the litigation from engaging in frivolous lawsuits. Furthermore, as standing is discretionary, courts always retain a mechanism to refuse to entertain the arguments of those whose motive to litigate is clearly suspect. In view of these practical realities, care should be taken not to exaggerate the threat to the justice system by a more liberal approach to standing; indeed, as Laskin J. suggested in *Thorson*, this concern should rarely provide the basis upon which to deny standing to an otherwise worthy plaintiff.

I would also take note of provincial law reform commission reports in British Columbia and Ontario on alterations to the law of standing which suggest that the balance be weighted in favour of the litigant seeking standing (see: British Columbia Law Reform Commission, *Report on Civil Litigation in the Public Interest*; Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Standing* (1989)). The basic recommendation of the Ontario Law Reform Commission is as follows, at p. 177:

... every person should be entitled to commence and maintain a proceeding unless a party challenging such a

capacité qu'ont les tribunaux d'accorder le statut d'intervenant, on pouvait prétendre qu'il existait autant d'occasions pour les demandeurs de soumettre aux tribunaux leurs points de vue particuliers. Il n'était donc pas question de soustraire à l'examen judiciaire les modifications apportées à la Loi, ni de faire vraiment obstacle à la capacité des appelants de soumettre aux tribunaux leurs points de vue particuliers sur la question en litige.

D'une manière générale, comme notre Cour l'a reconnu dans *Thorson*, les préoccupations relatives à l'économie judiciaire et à la multiplicité des poursuites sont souvent exagérées. Habituellement, il existe suffisamment d'éléments pratiques qui ont un effet dissuasif sur les parties, notamment les coûts et les inconvénients, pour décourager ceux qui n'ont aucun intérêt réel dans l'issue d'un litige d'engager des poursuites futiles. De plus, comme la reconnaissance de la qualité pour agir est discrétionnaire, les tribunaux ont toujours le moyen de refuser d'entendre les arguments de ceux dont le motif d'engager des poursuites est clairement suspect. Eu égard à ces réalités pratiques, on devrait prendre soin de ne pas exagérer la menace que ferait peser sur le système judiciaire une façon plus libérale d'aborder la qualité pour agir; en fait, comme l'a affirmé le juge Laskin dans *Thorson*, cette préoccupation devrait rarement servir de fondement à la décision de ne pas reconnaître la qualité pour agir à une partie demanderesse qui la mériterait par ailleurs.

Je noterais également les rapports produits par les commissions de réforme du droit des provinces de la Colombie-Britannique et de l'Ontario quant aux modifications à apporter au droit relatif à la qualité pour agir, qui proposent de favoriser la partie qui demande qualité pour agir (voir le *Report on Civil Litigation in the Public Interest* de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, et le *Report on the Law of Standing* (1989) de la Commission de réforme du droit de l'Ontario). La recommandation fondamentale de la Commission de réforme du droit de l'Ontario est la suivante, à la p. 177:

[TRADUCTION] ... chacun devrait avoir le droit d'introduire et de poursuivre une instance, à moins que la par-

right satisfies the court that there exist factors against proceeding that outweigh the factors in favour. . . .

The B.C. Law Reform Commission recommended that any person be entitled to commence a proceeding for a declaration of invalidity "whether or not the person has an interest in or is directly affected by the enactment" (at p. 75). As is evident, the tenor of these recommendations is increasingly to remove the formal barriers to access to the courts and place the emphasis on the need to demonstrate, in each case, that cogent reasons exist for barring access to the courts.

One final matter remains to be addressed: the impact of this Court's decisions in *Irwin Toy* and *Wholesale Travel Group Inc.* on the standing of corporate litigants bringing challenges under the *Charter*. As I discussed above, in *Irwin Toy* the Court ruled that a corporation may not invoke the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*. Because of this decision, corporations wishing to challenge the constitutionality of legislation under the *Charter* face procedural obstacles that do not exist with respect to challenges on questions of the division of powers.

However, at the level of principle, there is no reason to adhere rigidly to a rule which automatically bars challenges to legislation directly affecting a plaintiff simply on the ground that the impugned aspect of the legislation does not directly affect him, her or it. As the constitutionality of the law may be raised in defence, the question should be whether the plaintiff has sufficient interest in the outcome of a constitutional challenge. This Court recognized in *Thorson, supra*, that, in constitutional cases, the overriding concern is whether governments have respected the limits of their constitutional authority. In my view, there is equal force to this argument whether the question of constitutionality concerns the division of powers or infringement of rights under the *Charter*. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* pro-

tie qui conteste ce droit ne convaincra la cour que les facteurs qui militent contre cette instance l'emportent sur ceux qui militent en faveur de celle-ci . . .

La Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a recommandé que toute personne ait le droit d'introduire une instance visant à obtenir une déclaration d'invalidité [TRANSDUCTION] «peu importe que cette personne ait un intérêt dans le texte législatif en cause ou qu'elle soit directement touchée par celui-ci» (à la p. 75). De toute évidence, ces recommandations ont pour objet de supprimer progressivement les obstacles formels à l'accès aux tribunaux et de mettre l'accent sur la nécessité de démontrer, dans chaque cas, qu'il existe des motifs convaincants d'interdire l'accès aux tribunaux.

Il reste une dernière question à examiner: l'incidence des arrêts de notre Cour *Irwin Toy* et *Wholesale Travel Group Inc.* sur la qualité des personnes morales pour procéder à des attaques fondées sur la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour a, dans l'arrêt *Irwin Toy*, statué qu'une personne morale ne saurait invoquer les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. À cause de cet arrêt, les personnes morales qui souhaitent attaquer la constitutionnalité d'une mesure législative en vertu de la *Charte* doivent surmonter des obstacles qui n'existent pas dans le cas d'attaques relatives à des questions de partage des compétences.

En principe cependant, il n'y a aucune raison d'adhérer strictement à une règle qui empêche automatiquement de contester une mesure législative qui touche directement un demandeur, pour le seul motif que l'aspect contesté de la mesure législative ne le touche pas directement. Puisque la constitutionnalité de la mesure législative peut être opposée comme moyen de défense, la question devrait plutôt être de savoir si le demandeur a un intérêt suffisant dans l'issue d'une attaque constitutionnelle. Dans l'arrêt *Thorson*, précité, notre Cour a reconnu que, dans les affaires constitutionnelles, on se préoccupe d'abord et avant tout de savoir si les gouvernements ont respecté les limites de leur compétence constitutionnelle. À mon avis, cet argument conserve toute sa valeur peu importe que la question de la constitutionnalité porte sur le

vides that “[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect” (emphasis added).

This view is shared by authorities such as Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada*, *supra*. In contrasting the results of *Irwin Toy* and *Wholesale Travel*, he makes the following observations at pp. 1273-74:

The difference between *Irwin Toy*, where the Court held that a corporation could not invoke s. 7, and *Wholesale Travel*, where the Court held that a corporation could invoke s. 7, is that *Irwin Toy Ltd.* was a civil plaintiff seeking a declaration while *Wholesale Travel Group Inc.* was a defendant in a criminal proceeding. But why should this difference be important? The plaintiff corporation *Irwin Toy* was not relying on s. 24 of the Charter for its remedy. The corporation was simply seeking a declaration that the law was unconstitutional. It has always been regarded as axiomatic in Canadian constitutional law that an individual or corporation may seek a declaration of invalidity on *federal* grounds, despite the fact that no individual or corporation is directly implicated in the question whether a law should properly be enacted by one level of government rather than the other. Indeed, in *Irwin Toy* itself, the plaintiff corporation, in addition to Charter grounds, attacked the law on a federal ground (that the provincial law could not apply to advertising in the federal medium of television), and the Court without any preliminary discussion addressed that ground on the merits (rejecting it in the result).

It is difficult to see what principle allows a plaintiff to bring an action for a declaration of invalidity on federal grounds, but not on Charter grounds. Assuming that the plaintiff has a sufficient interest in the validity of the law . . . the plaintiff ought to be able to obtain a declaration that the law is unconstitutional on the basis of any part of the Constitution. . . . The principle of constitutionalism is surely offended by the erection of artificial barriers to constitutional challenges to the legislation. At the very least there should be no difference between federal and Charter grounds. Both grounds have the effect

partage des compétences ou sur l'atteinte à des droits garantis par la *Charte*. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que «[l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit» (je souligne).

Ce point de vue est partagé par des auteurs comme le professeur Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.* En comparant les résultats des arrêts *Irwin Toy* et *Wholesale Travel*, il fait observer ceci, aux pp. 1273 et 1274:

[TRADUCTION] La différence entre *Irwin Toy*, où la Cour a conclu qu'une personne morale ne pouvait pas invoquer l'art. 7, et *Wholesale Travel*, où la Cour a conclu qu'une personne morale pouvait invoquer l'art. 7, c'est que *Irwin Toy Ltd.* était une partie demanderesse au civil qui cherchait à obtenir un jugement déclaratoire tandis que *Wholesale Travel Group Inc.* était une partie défenderesse dans des poursuites criminelles. Mais pourquoi cette différence devrait-elle avoir de l'importance? Dans *Irwin Toy*, la personne morale demanderesse ne se fondait pas sur l'art. 24 de la *Charte* pour demander réparation. Elle demandait simplement un jugement déclarant que la loi en question était inconstitutionnelle. On a toujours considéré qu'il est évident, en droit constitutionnel canadien, qu'une personne physique ou morale peut demander une déclaration d'invalidité pour des motifs d'ordre fédéral, même si aucune personne physique ou morale n'est directement impliquée dans la question de savoir si une mesure législative devrait vraiment être adoptée par un palier de gouvernement plutôt que par l'autre. En fait, dans l'affaire *Irwin Toy* même, la personne morale demanderesse attaquait la mesure législative en cause en invoquant, outre des moyens fondés sur la *Charte*, un moyen d'ordre fédéral (à savoir que la loi provinciale ne pouvait s'appliquer à la publicité dans le média fédéral de la télévision), et la Cour a, sans aucune analyse préliminaire, examiné ce moyen au fond (pour finalement le rejeter).

Il est difficile de voir quel principe permet à un demandeur d'intenter une action en déclaration d'invalidité pour des motifs d'ordre fédéral, mais non pour des motifs fondés sur la *Charte*. En supposant que le demandeur ait un intérêt suffisant dans la validité de la mesure législative [ . . . ] le demandeur devrait pouvoir obtenir un jugement déclarant que la mesure législative est inconstitutionnelle en se fondant sur n'importe quelle partie de la Constitution [ . . . ] Le principe du constitutionnalisme est sûrement enfreint par la création d'obstacles artificiels aux contestations d'une mesure législative fondées

of withholding power from legislative bodies, and both grounds lead to invalidity under the supremacy clause. [Emphasis added.]

Furthermore, technical barriers to standing based on such grounds as the mode of proceeding chosen cannot be sustained on the level of principle. Thus, it is difficult to rationalize a rule that permits a plaintiff to challenge the constitutionality of a law regulating his daily affairs once he is charged with an offence but not before: the difference is only a matter of timing. As Duff J. for this Court recognized as long ago as *Smith, supra*, at p. 337:

Much may be said, no doubt, for the view that an individual in the position of the appellant ought, without subjecting himself to a prosecution for a criminal offence, to have some means of raising the question of the legality of official acts imposing constraint upon him in his daily conduct which, on grounds not unreasonable, he thinks are unauthorized and illegal.

In my view, the following approach outlined at p. 1274 by Professor Hogg is preferable:

The correct principle, it seems to me, is that a challenge to the constitutionality of a law (assuming that it involves no remedy other than a finding of invalidity) should be governed by the same rules of standing and procedure, regardless of whether the challenge is based on federal or Charter grounds. This would mean not only that the challenge could be made as a defence to a criminal charge (as in *Big M Drug Mart*), but in any other proceedings, civil or criminal, where the law is potentially relevant, including proceedings for a declaration of invalidity.

This approach has the virtue of consistency with the principles which apply to the resolution of other constitutional questions. In addition, there may well be instances in which the interests in the

sur la Constitution. Il ne devrait, tout au moins, y avoir aucune différence entre les motifs d'ordre fédéral et les motifs fondés sur la Charte. Ces motifs ont, dans les deux cas, pour effet de refuser un pouvoir à des corps législatifs, et ils entraînent, dans les deux cas, l'invalidité en vertu de la clause de la primauté. [Je souligne.]

De plus, les obstacles techniques à la qualité pour agir, fondés sur des motifs comme la façon dont on a choisi de procéder, ne sauraient être maintenus en principe. Ainsi, il est difficile de trouver une explication logique à une règle qui permet à un demandeur de contester la constitutionnalité d'une loi régissant ses affaires de tous les jours une fois qu'une accusation a été portée contre lui, mais pas avant: la seule différence réside dans le moment choisi pour agir. Comme le juge Duff l'a reconnu, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 337:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute qu'il y a beaucoup à dire en faveur du point de vue selon lequel une personne dans la situation de l'appelant devrait, sans s'exposer à des poursuites pour une infraction criminelle, avoir le moyen de soulever la question de la légalité d'actes officiels qui lui imposent une contrainte dans sa conduite quotidienne et qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs non déraisonnables, sont interdits et illégaux.

À mon avis, le point de vue suivant, que le professeur Hogg exprime à la p. 1274, est préférable:

[TRADUCTION] Le principe approprié, me semble-t-il, est que la contestation de la constitutionnalité d'une loi (en supposant que l'instance ne vise rien d'autre qu'une conclusion d'invalidité) devrait être régie par les mêmes règles en matière de qualité pour agir et de procédure, indépendamment de la question de savoir si la contestation repose sur des motifs d'ordre fédéral ou sur des motifs fondés sur la Charte. Cela signifierait non seulement que la contestation pourrait être opposée comme moyen de défense à une accusation criminelle (comme dans l'affaire *Big M Drug Mart*), mais encore qu'elle pourrait avoir lieu dans toute autre procédure, au civil comme au criminel, lorsque la loi peut être pertinente, y compris dans les procédures visant à obtenir une déclaration d'invalidité.

Ce point de vue a l'avantage d'être compatible avec les principes applicables au règlement d'autres questions constitutionnelles. En outre, il peut bien y avoir des cas où l'administration effi-

efficient administration of justice are better served by a prospective ruling on the constitutionality of legislation.

In summary, I would draw the conclusion that the rules of standing developed in *Borowski* should not be used to defeat the standing of a litigant who, by virtue of the exceptional prejudice and effect on his private rights, has always been entitled to challenge government actions. Rather, plaintiffs who are able to establish exceptional prejudice to private rights under legislation are entitled to standing as of right to litigate the constitutional validity of a law by which they are affected.

#### Application to the Case

As I have discussed above, this Court's trilogy on public interest standing was not intended to abrogate or restrict the general rule regarding entitlement to standing of those whose interests are directly and particularly affected by legislative action. There is no question that, because of the special effect of the Act on the interests of both the corporate retailers and the retail employees in this case, they fall within the class of persons who suffer "exceptional prejudice" under the legislation. Thus, the question of the appellants' standing to address the constitutional questions stated in this case may be resolved by resort to the traditional rules governing standing set out in *Smith* alone.

My colleague, however, denies the appellants standing under the test formulated in the *Canadian Council of Churches*. While he agrees that there is a serious question as to the validity of the Act and that the appellants are directly affected by the Act, he finds that the appellants have not demonstrated that there is no other reasonable and effective means of bringing the question to court. In particular, my colleague concludes that the appellants' reliance on the record of the *Oshawa Group* suggests that there may be a more reasonable and

cace de la justice sera mieux servie par un jugement éventuel sur la constitutionnalité d'une mesure législative.

En résumé, je tirerais la conclusion que les règles régissant la qualité pour agir, qui sont établies dans l'arrêt *Borowski*, ne devraient pas servir à faire obstacle à la qualité pour agir d'une partie qui, en raison du préjudice exceptionnel subi et de leur effet sur ses droits privés, a toujours eu le droit de contester des mesures gouvernementales. Au contraire, les demandeurs qui peuvent établir qu'une mesure législative porte un préjudice exceptionnel à leurs droits privés ont qualité de plein droit pour attaquer la constitutionnalité de la mesure législative qui les touche.

#### Application à la présente affaire

Comme je l'ai déjà mentionné, la trilogie de notre Cour sur la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public ne visait pas à abroger ou à restreindre la règle générale relative au droit à la qualité pour agir qu'ont les personnes dont les intérêts sont directement et particulièrement touchés par une mesure législative. Il ne fait aucun doute qu'en raison de l'effet spécial que la Loi a, à la fois, sur les intérêts des entreprises de commerce de détail et sur ceux des employés du commerce de détail en l'espèce, ceux-ci tombent dans la catégorie des personnes qui subissent un «préjudice exceptionnel» en raison de cette loi. La question de la qualité des appelants pour aborder les questions constitutionnelles formulées en l'espèce peut donc être tranchée au moyen des règles traditionnelles régissant la qualité pour agir, qui sont énoncées dans l'arrêt *Smith*.

Mon collègue refuse, toutefois, de reconnaître aux appelants qualité pour agir, en s'appuyant sur le critère énoncé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. Même s'il convient qu'il existe une question sérieuse quant à la validité de la Loi et que les appelants sont directement touchés par la Loi, il conclut que les appelants n'ont pas démontré qu'il n'existe pas d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux. En particulier, mon collègue conclut que le fait que les appelants se fondent sur le dossier d'*Oshawa Group*

effective means of bringing the matter to court. He also concludes that they should be denied standing because they cannot rely on evidence of unrelated parties in separate proceedings. As to the retail employees, the majority would also deny them standing on the grounds of insufficient evidence to establish either standing or a *Charter* violation.

I disagree. In my view, the appellants should not only succeed under the test in *Smith* but should also succeed under the public interest standing test set out in *Borowski* and *Canadian Council of Churches*, properly applied to the circumstances of this case. Nor, in my view, is the insufficiency of the evidence a proper ground upon which to deny the retail employees standing in this case. I shall address each issue in turn.

As I noted above, courts now have discretion to award standing and, as a consequence of the trilogy, this Court has decided that a functional approach is to be preferred over the application of inflexible rules. This suggests that the ability of other litigants to bring the issue before the court should not be interpreted as an automatic and inflexible bar to the exercise of the court's discretion to grant standing. Particularly where, as in this case, the party seeking standing is already before the courts, great consideration should be given in assessing the benefits of proceeding with the constitutional challenge and the prejudice to the appellants in refusing standing at this late stage in the proceedings. The following factors lead, in my mind, to the conclusion that nothing is to be gained by refusing standing whereas the benefits of granting standing are evident indeed.

laisse entendre qu'il peut y avoir un moyen plus raisonnable et plus efficace de soumettre la question aux tribunaux. Il conclut aussi qu'on devrait leur refuser la qualité pour agir parce qu'ils ne peuvent se fonder sur des éléments de preuve d'autres parties à des poursuites distinctes, qui n'ont aucun rapport avec eux. Quant aux employés du commerce de détail, la Cour à la majorité leur refuserait aussi la qualité pour agir en raison de l'insuffisance de la preuve pour établir soit qu'ils ont qualité pour agir soit qu'il y a eu violation de la *Charte*.

Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les appelants devraient avoir gain de cause non seulement en vertu du critère de l'arrêt *Smith*, mais également en vertu d'une application régulière, aux circonstances de la présente affaire, du critère régissant la qualité pour agir dans l'intérêt public établi dans les arrêts *Borowski* et *Conseil canadien des Églises*. J'estime, en outre, que le caractère suffisant ou non de la preuve ne constitue pas un motif adéquat de refuser aux employés du commerce de détail la qualité pour agir en l'espèce. J'examinerai chaque point à tour de rôle.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux ont maintenant le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir et, à la suite de la trilogie, notre Cour a décidé qu'il est préférable d'adopter une façon pratique et fonctionnelle de procéder plutôt que d'appliquer des règles rigides. Ceci suggère que la capacité qu'ont d'autres parties de soumettre la question à la cour ne doit pas servir à empêcher, de façon automatique et stricte, la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir. Dans un cas comme celui-ci tout particulièrement, où la partie qui requiert la qualité pour agir est déjà devant les tribunaux, il est important de soupeser les avantages de procéder à la contestation constitutionnelle en fonction du préjudice que pourrait causer aux appelants le refus de leur reconnaître la qualité pour agir à ce stade avancé des procédures. Selon moi, les facteurs suivants emportent la conclusion qu'il n'y a rien à gagner à leur refuser la qualité pour agir, alors que les avantages qu'il y a à leur reconnaître cette qualité sont tout à fait évidents.

First, this is not an instance in which, but for their application for the declaration, the appellants would not be before the courts at all. Rather, they must confront the effect of the legislation. The only question is when and by what means.

None of the usual concerns which underlie the restrictions on public interest standing is present in this case. The parties most directly affected by the Act are before the court, there is a live controversy and, as the appellants face numerous outstanding charges in the lower courts, there is no question of burdening the system with another litigant who would otherwise be uninvolved. In fact, granting the appellants standing actually reinforces one of the objectives of the rules of standing, that is, prevention of a multiplicity of suits, as the numerous outstanding charges against the appellants under the Act which presently constitute a burden on the administration of justice could be disposed of by a ruling on the constitutional validity of the Act.

Moreover, it is important to recognize that the declaratory action was itself precipitated by the s. 8 closing application, under which, following this Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the appellants' right to address the constitutionality of the Act in defence would be incontestable. Those applications were adjourned pending the decisions in *Peel*; the appellants then brought the declaratory application back on and were subsequently granted leave by this Court in order to argue the constitutionality of the Act. In view of this procedural history, the appellants' appeal to this Court should not fail at this late stage for lack of standing merely because the declaratory action is before the Court at this time rather than the s. 8 application. The appellants were clearly under the impression that the s. 8 application and the cross-application for a declaration would function as a test case to resolve the constitutionality of the outstanding charges under the Act. In my view, it

Premièrement, il ne s'agit pas d'un cas où, n'était-ce de leur demande de jugement déclaratoire, les appelants ne seraient pas devant les tribunaux. Au contraire, ils doivent faire face à l'effet de la mesure législative en cause. La seule question qui se pose a trait au moment et aux moyens de procéder.

Aucune des préoccupations qui sous-tendent habituellement les restrictions relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public ne se pose en l'espèce. Les parties les plus directement touchées par la Loi sont devant les tribunaux, il existe un litige réel et, comme les appelants font face à de nombreuses accusations pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas question de grever le système d'une autre partie qui, par ailleurs, ne serait pas impliquée. En fait, la reconnaissance de la qualité pour agir aux appelants renforce vraiment l'un des objectifs des règles de la qualité pour agir, c'est-à-dire la prévention d'une multiplicité de poursuites, puisque les nombreuses accusations pendantes qui ont été portées contre les appelants en vertu de la Loi et qui constituent à l'heure actuelle un fardeau pour l'administration de la justice pourraient être réglées par une décision sur la constitutionnalité de la Loi.

De plus, il importe de reconnaître que l'action déclaratoire a elle-même été précipitée par la requête visant à obtenir une ordonnance de fermeture fondée sur l'art. 8, en vertu de laquelle, selon l'arrêt de notre Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le droit des appelants d'opposer l'inconstitutionnalité de la Loi comme moyen de défense serait incontestable. Ces requêtes ont été ajournées en attendant les décisions dans l'affaire *Peel*; les appelants ont alors présenté de nouveau leur requête en jugement déclaratoire et notre Cour a accueilli subséquentement leur demande d'autorisation de pourvoi aux fins de débattre la constitutionnalité de la Loi. Compte tenu de cet historique des procédures, le pourvoi des appelants devant notre Cour ne devrait pas échouer à ce stade avancé pour défaut de qualité pour agir, uniquement parce que notre Cour est présentement saisie de l'action déclaratoire plutôt que de la requête fondée sur l'art. 8. Les appelants avaient nettement l'impres-

would discredit the administration of justice to require the appellants to argue the merits of the case in still another proceeding which may yet end up at some later stage before this Court. Vast amounts of time, expense and effort have already been expended by the appellants in proceeding with this application; in my view, the Court should exercise its discretion to grant standing and dispose of the appeal on its merits, which, in any event, have been pleaded. While this Court is not bound by the trial judge's ruling that the case constituted a test case, in my opinion, when the Court is asked to rule on the question of standing at this point in the proceedings, the proceedings as a whole should be considered as well as the parties' expectations about what the litigation was intended to accomplish.

Furthermore, the appellants also made submissions concerning the infringement of s. 15 *Charter* rights under the Act. This Court has not yet addressed the question of the application of s. 15 rights to corporations or to the legislation challenged in this case. As the appellants are the appropriate parties to make this argument and leave was granted by this Court on this very issue, in my view, there is no basis upon which to deny them standing now.

As to the matter of the record, in my view, it is not necessarily inappropriate for the appellants to rely on the record of other parties raising identical legal issues in what are essentially identical circumstances. Furthermore, as I will discuss below, the nature of the evidence is not generally an issue that bears on the question of standing. Particularly in constitutional cases, background evidence of a general nature may be relevant to set the context of the issue quite apart from the position of the specific parties. In this case, all parties faced the same types of charges and closing orders under s. 8, and,

sion que la requête fondée sur l'art. 8 et la requête en jugement déclaratoire serviraient de cause type pour trancher la question de la constitutionnalité des accusations pendantes qui avaient été portées en vertu de la Loi. À mon avis, ce serait déconsidérer l'administration de la justice que de forcer les appelants à débattre le fond de l'affaire dans une autre procédure qui risque encore de se retrouver devant notre Cour à une étape ultérieure. Les appelants ont déjà consacré énormément de temps, d'argent et d'efforts à la présente requête; à mon avis, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir et statuer sur le fond du pourvoi, qui a, de toute façon, fait l'objet de plaidoiries. Même si notre Cour n'est pas liée par la conclusion du juge de première instance que l'affaire constitue une cause type, j'estime que, lorsque la Cour est appelée à se prononcer sur la question de la qualité pour agir à cette étape des procédures, elle devrait tenir compte à la fois de l'ensemble des procédures et des attentes des parties quant à l'objet du litige.

De surcroît, les appelants ont aussi avancé des arguments au sujet de l'atteinte que la Loi porterait aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Notre Cour n'a pas encore abordé la question de l'application des droits garantis par l'art. 15 aux personnes morales ou à la mesure législative attaquée en l'espèce. Comme les appelants sont les parties appropriées pour avancer cet argument et que l'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée sur cette question précise, j'estime qu'il n'existe aucun motif de leur refuser la qualité pour agir maintenant.

Quant à la question du dossier, j'estime qu'il n'est pas nécessairement inopportun que les appelants se fondent sur le dossier d'autres parties qui soulève des points de droit identiques dans des circonstances essentiellement identiques. De plus, comme nous le verrons plus loin, la nature de la preuve n'est pas généralement une question qui influe sur celle de la qualité pour agir. Dans les affaires constitutionnelles en particulier, les éléments de preuve documentaire de nature générale peuvent être pertinents pour établir le contexte de la question en litige, tout à fait indépendamment de



for all practical purposes, the position and interests of the parties were indistinguishable. The cases were being prepared concurrently and litigated sequentially and it is not surprising that the process involved an exchange and consolidation of material of this general sort.

But, more importantly, it would unquestionably be prejudicial to the appellants to have been permitted to rely on this record all along, only to be told at this stage that they will be denied standing for this reason. If this was of concern to the Court, the appellants should have been denied leave. Whether the record is ultimately sufficient to establish their claims is an entirely separate matter about which I shall refrain from comment.

Turning to the appellant retail employees, my colleague would deny them standing on the basis that the evidence adduced in this case is insufficient to establish standing, let alone the claimed infringement under the *Charter*. In so doing, he relies on the earlier jurisprudence of this Court in *Danson*, *supra*, and *MacKay*, *supra*.

This Court's decisions *MacKay* and *Danson*, which dealt with the need to avoid deciding *Charter* issues in a factual vacuum, are not at all relevant to the question of standing. If anything, they lend support to the notion that standing is an issue separate and apart from the question of the sufficiency of the evidence and, furthermore, that an appellant's standing can be unassailable even when there is not a shred of evidence to support a *Charter* claim.

In *MacKay*, *supra*, despite the fact that, as Cory J. held at p. 363, "[i]n this case there is not one particle of evidence put before the Court", at no point did the Court suggest that the appellants lacked standing to bring a constitutional challenge

la situation des parties en présence. En l'espèce, toutes les parties faisaient face aux mêmes types d'accusations et d'ordonnances de fermeture fondées sur l'art. 8, et, à toutes fins utiles, la situation et les intérêts des parties ne pouvaient être différenciés. Ces affaires ont été préparées simultanément et plaidées l'une à la suite de l'autre, et il n'est pas surprenant que le processus ait comporté un échange et une consolidation des documents de ce type général.

Mais, qui plus est, les appelants subiraient incontestablement un préjudice si, après leur avoir permis depuis le début de se fonder sur ce dossier, on leur disait, à ce stade, que la qualité pour agir leur sera refusée pour cette raison. Si cette question préoccupait la Cour, l'autorisation de pourvoi aurait dû leur être refusée. La question du caractère éventuellement suffisant du dossier pour établir le bien-fondé de leurs demandes est une toute autre question que je vais m'abstenir de commenter.

En ce qui concerne les employés du commerce de détail appelants, mon collègue leur refuserait la qualité pour agir parce que la preuve produite en l'espèce est insuffisante pour établir qu'ils ont qualité pour agir, et encore plus pour établir l'existence de la prétendue violation de la *Charte*. Il se fonde à cet égard sur les arrêts antérieurs de notre Cour *Danson* et *MacKay*, précités.

Nos arrêts *MacKay* et *Danson*, qui portaient sur la nécessité d'éviter de trancher des questions relatives à la *Charte* dans un vide factuel, ne sont pas du tout pertinents en ce qui concerne la question de la qualité pour agir. Ils viennent, au contraire, appuyer la notion voulant que la qualité pour agir soit une question séparée et distincte de celle du caractère suffisant de la preuve et, en outre, que la qualité pour agir d'un appelant ne puisse être contestée même lorsqu'il n'existe pas le moindre élément de preuve justifiant une action fondée sur la *Charte*.

Dans l'arrêt *MacKay*, précité, malgré le fait que, comme l'a conclu le juge Cory à p. 363, «[p]as le moindre élément de preuve n'a été présenté à cette Cour en l'espèce», notre Cour n'a, à aucun moment, laissé entendre que les appelants

on the basis of the *Charter*. Rather, the Court was prepared to assume the opposite, stating at p. 360:

The respondent did not question the status of the appellants to bring the action. As a result, this important issue was not considered by the Court and for the purposes of this appeal it is assumed that the appellants had the requisite status to bring the action.

Similarly, in *Danson, supra*, the appellant contended that he ought to be entitled to proceed with an application despite, in the words of Sopinka J., speaking for the Court at p. 1100, "the complete absence of adjudicative facts". Citing the decision of the Court in *MacKay*, the Court declined to rule on the question. Again, however, Sopinka J. expressly held that standing of the appellant to bring the *Charter* challenge was not an issue.

In any event, there is no question here of deciding this appeal in a factual vacuum. My colleague does not state that there is "no evidence"; rather, he finds that the appellants may not rely on the record of the *Oshawa Group* in its appeal to this Court.

As is noted in the reasons of the majority, this Court held in *Finlay, supra*, at p. 617, that standing depends on:

... whether the court has sufficient material before it, in the way of allegations of fact, considerations of law, and argument, for a proper understanding at a preliminary stage of the nature of the interest asserted.

Thus, a court's concern at this stage of the proceedings is whether there is enough material to assess the "nature of the interest" which the plaintiff is asserting. However, this does not necessarily entail an examination of the evidence. In fact, in that case, Le Dain J. expressly stated that the respondent's interest was sufficiently clearly established by the statement of claim and the statutory and contractual provisions; he found no need to consider the evidence.

n'avaient pas qualité pour procéder à une attaque constitutionnelle fondée sur la *Charte*. Notre Cour, qui était plutôt disposée à présumer le contraire, affirme, à la p. 360:

L'intimé n'a pas mis en doute la qualité pour agir des appelants. En conséquence, cette question importante n'a pas été examinée par cette Cour et il est présumé, aux fins du présent pourvoi, que les appelants avaient la qualité requise pour engager l'action.

De même, dans l'arrêt *Danson*, précité, l'appellant prétendait qu'on devait lui permettre de présenter sa requête même «en l'absence totale de faits en litige», pour reprendre les mots du juge Sopinka qui s'exprimait au nom de la Cour, à la p. 1100. Citant notre arrêt *MacKay*, notre Cour a refusé de trancher la question. Encore une fois, cependant, le juge Sopinka a conclu expressément que la qualité de l'appellant pour procéder à une attaque fondée sur la *Charte* n'était pas en cause.

De toute façon, il n'est pas question en l'espèce de trancher le pourvoi dans un vide factuel. Mon collègue ne dit pas qu'il n'y a «aucune preuve»; il conclut plutôt que les appelants ne peuvent se fonder sur le dossier présenté par *Oshawa Group* dans le cadre de son pourvoi devant notre Cour.

Tel que mentionné dans les motifs de la majorité, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Finlay*, précité, à la p. 617, que la qualité pour agir dépend de la question:

... de savoir si le dossier dont la cour est saisie, les énoncés des faits et du droit, et les arguments invoqués sont suffisants pour lui permettre de bien comprendre, au stade de l'exception préliminaire, la nature de l'intérêt invoqué.

Ainsi, ce qui préoccupe la cour, à cette étape des procédures, est la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments pour évaluer la «nature de l'intérêt» que le demandeur invoque. Cela n'emporte toutefois pas nécessairement un examen de la preuve. En fait, dans cette affaire, le juge Le Dain a expressément affirmé que l'intérêt de l'intimé était établi assez clairement par la déclaration et les dispositions législatives et contractuelles; il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la preuve.

In my view, no such inquiry is warranted in the circumstances of this case either and the appellant retail employees should not be denied standing because of a lack of evidence. Particularly when the Court has already granted leave, the sufficiency of the evidence is largely a matter that goes to the merits and success of the appeal.

The rights of retail employees under the Act as guaranteed by ss. 2(a) and 15 of the *Charter* remain an open question. Furthermore, there can be no question, and indeed the majority does not contest, that an application such as this one may well be the only effective means for the retail employees to bring the issue before the court.

In my view, it is important to recognize the practical difficulties and disincentives which face appellants in the position of the retail employees and to acknowledge that there may be no other reasonable and effective means of bringing their concerns before the court. Although most employees are unlikely to be charged under the Act, they are still affected by its provisions. However, such claimants may have little realistic possibility of bringing their concerns before the court except, as they have in this case, by joining the application of others who are able to bear the expense.

As this Court had occasion to observe in *Edwards Books, supra*, retail employees are a group that is largely unorganized and which comprises persons without significant political and economic power. As it is open to the court to exercise its discretion on standing, it is not inappropriate in my opinion, to examine the position of all of the parties involved as a whole and consider such factors as their respective ability to bring their concerns before the courts. In the present case, denial of standing to the corporate appellants will effec-

À mon avis, aucun examen de cette nature n'est pas non plus nécessaire dans les circonstances de l'espèce, et les employés du commerce de détail ne devraient pas être privés de la qualité pour agir en raison d'une insuffisance de la preuve. En particulier, lorsque la Cour a déjà accordé l'autorisation de pourvoi, le caractère suffisant de la preuve constitue surtout une question qui touche au fond et au succès du pourvoi.

La question de l'effet de la Loi sur les droits que l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte* garantissent aux employés du commerce de détail demeure entière. De plus, il ne fait aucun doute, et en réalité la Cour à la majorité ne le conteste pas, qu'une requête comme celle dont il est présentement question peut bien constituer le seul moyen efficace dont disposent les employés du commerce de détail pour saisir les tribunaux de la question.

À mon avis, il importe de reconnaître les difficultés pratiques et les éléments dissuasifs auxquels font face des appelants dans la situation des employés du commerce de détail, et de reconnaître qu'il se peut qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable et efficace de saisir les tribunaux de leurs préoccupations. Même si la plupart des employés risquent peu de faire l'objet d'accusations en vertu de la Loi, ils n'en sont pas moins touchés par ses dispositions. Il se peut, toutefois, que de tels requérants n'aient, en réalité, qu'une faible possibilité de saisir les tribunaux de leurs préoccupations, si ce n'est, comme c'est le cas en l'espèce, en se joignant à d'autres requérants qui sont capables d'assumer les frais de la requête.

Comme notre Cour a eu l'occasion de le faire observer dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, les employés du commerce de détail constituent un groupe formé surtout de membres non syndiqués et qui comprend des personnes sans grand pouvoir politique et économique. Puisque les tribunaux sont libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire relatif à la qualité pour agir, j'estime qu'il n'est pas inopportun d'examiner la situation de l'ensemble des parties en cause et de tenir compte de facteurs comme leurs capacités respectives de saisir les tribunaux de leurs préoccupations. En l'espèce, le refus de reconnaître la qualité pour agir aux per-

tively also deny the retail employees the opportunity to assert their claims.

In view of these considerations, in my opinion, there is no principled or practical reason to refuse the appellants standing to seek declaratory relief. In the result, I find that all of the appellants in this case have standing to address the constitutional questions which were stated in this appeal and that this appeal should not be decided on the basis of standing alone.

Given the fact that the majority of this Court has concluded that the appeal should be dismissed, it would not be an efficient use of the Court's limited resources for me to discuss the merits of the case. Accordingly, I decline to address the merits of the issues at this time but would have granted standing to all the appellants. In this, I dissent from the majority.

*Appeals dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*

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

sonnes morales appelantes aura pour effet de priver les employés du commerce de détail de l'occasion de présenter leurs demandes.

<sup>a</sup> Compte tenu de ces considérations, je suis d'avis qu'il n'existe aucune raison pratique ou fondée sur des principes de refuser de reconnaître aux appelants la qualité pour demander un jugement déclaratoire. En définitive, je conclus que tous les appelants en l'espèce ont qualité pour aborder les questions constitutionnelles formulées dans le présent pourvoi et que ce pourvoi ne devrait pas être tranché en fonction de la qualité pour agir seulement.

<sup>b</sup> Puisque notre Cour a conclu à la majorité qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, je m'abstiendrai d'analyser le fond de l'affaire puisque ce ne serait pas là faire un usage efficace des ressources limitées de notre Cour. Je décline donc, à ce stade, l'opportunité d'aborder le fond des questions en litige, mais j'aurais reconnu aux appelants la qualité pour agir. Sur ce point, j'inscris ma dissidence.

<sup>c</sup> *Pourvois rejetés, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

<sup>d</sup> *Procureurs des appelants: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intimé: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

<b>Canada Labour Relations Board</b> <i>Appellant</i>	<b>Le Conseil canadien des relations du travail</b> <i>Appelant</i>
v.	a c.
<b>Québecair - Air Québec et al.</b> <i>Respondents</i>	<b>Québecair - Air Québec et autres</b> <i>Intimées</i>
and	b et
<b>Canadian Air Line Pilots Association et al., and CPAL-MEC</b> <i>Mis en cause</i>	<b>L'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes et autres, et CPAL-MEC</b> <i>Mis en cause</i>
and	c et
<b>The Attorney General of Canada</b> <i>Intervener</i>	<b>Le procureur général du Canada</b> <i>Intervenant</i>
and between	d et entre
<b>Canada Labour Relations Board</b> <i>Appellant</i>	e <b>Le Conseil canadien des relations du travail</b> <i>Appelant</i>
v.	c.
<b>Canadian Pacific Air Lines Ltd. et al.</b> <i>Respondents</i>	f <b>Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée et autres</b> <i>Intimées</i>
and	g et
<b>Canadian Air Line Pilots Association et al., and CPAL-MEC</b> <i>Mis en cause</i>	<b>L'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes et autres, et CPAL-MEC</b> <i>Mis en cause</i>
and	h et
<b>The Attorney General of Canada</b> <i>Intervener</i>	i <b>Le procureur général du Canada</b> <i>Intervenant</i>
and between	et entre
<b>Canada Labour Relations Board</b> <i>Appellant</i>	j <b>Le Conseil canadien des relations du travail</b> <i>Appelant</i>

v.	c.
<b>Nolisair International Inc.</b> <b>(Nationair) Respondent</b>	<b>Nolisair International Inc.</b> <b>(Nationair) Intimée</b>
and	et
<b>Canadian Air Line Pilots Association et al.,</b> <b>and CPAL-MEC Mis en cause</b>	<b>L'Association canadienne des pilotes de</b> <b>lignes aériennes et autres, et CPAL-MEC</b> <b>Mis en cause</b>
and	et
<b>The Attorney General of Canada Intervener</b>	<b>Le procureur général du</b> <b>Canada Intervenant</b>
<b>INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. v.</b> <b>CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSN.</b>	<b>RÉPERTORIÉ: LIGNES AÉRIENNES CANADIEN</b> <b>PACIFIQUE LTÉE c. ASSOC. CANADIENNE DES PILOTES</b> <b>DE LIGNES AÉRIENNES</b>
File No.: 21429.	N° du greffe: 21429.
1993: March 2; 1993: October 21.	1993: 2 mars; 1993: 21 octobre.
Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ.	Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci.
<b>ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL</b>	<b>EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE</b>
<i>Labour relations — Canada Labour Relations Board</i> <i>— Jurisdiction — Board ordering employers to produce</i> <i>documents during investigation of union's application</i> <i>for amendment of certification — Whether Board's</i> <i>power to compel production of documents may be exer-</i> <i>cised only in context of formal hearing — Standard of</i> <i>review applicable to Board's order — Canada Labour</i> <i>Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(a), 121.</i>	<i>Relations de travail — Conseil canadien des relations</i> <i>du travail — Compétence — Le Conseil a ordonné à des</i> <i>employeurs de produire des documents au cours d'une</i> <i>enquête sur une demande de modification d'accrédita-</i> <i>tion présentée par un syndicat — Le pouvoir du Conseil</i> <i>d'exiger la production de documents peut-il être exercé</i> <i>uniquement dans le cadre d'une audience formelle? —</i> <i>Norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Con-</i> <i>seil — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1,</i> <i>art. 118a), 121.</i>
Following various arrangements effected by the respondent airlines, the pilots' union brought an applica- tion to the Canada Labour Relations Board requesting a declaration that the respondents were now a "single employer" or, alternatively, that there had been a sale of a business. During its investigation in preparation for the hearing, the Board made an informal request to the respondents for the production of certain documents and information. When the respondents refused to comply, the Board issued an order, pursuant to ss. 118(a), (f) and 121 of the Code, to compel them to deliver the docu- ments and information requested. The respondents then	À la suite de divers arrangements pris par les compa- gnies aériennes intimées, le syndicat des pilotes a saisi le Conseil canadien des relations du travail d'une requête visant à obtenir un jugement déclarant que les parties intimées constituaient maintenant un «employeur unique» ou que, subsidiairement, il y avait eu vente d'entreprise. Au cours de son enquête préparatoire à l'audience, le Conseil a demandé officieusement aux parties intimées de produire certains documents et ren- seignements. Devant le refus des parties intimées d'ac- quiescer à cette demande, le Conseil s'est fondé sur les al. 118a) et f) et sur l'art. 121 du Code pour rendre une

filed an application for judicial review with the Federal Court of Appeal. The court allowed the application and set aside the Board's order, holding that the Board did not have the power under ss. 118 or 121 of the Code to compel the production of documents and sworn written testimony prior to and outside a hearing before the Board.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Iacobucci JJ.: The issue in this case goes to the jurisdiction of the Board. It follows that the standard governing judicial review of the Board's order is one of correctness.

The scope of the power granted by s. 118(a) of the Code is clear from the plain meaning of the words of that section: the Board may exercise its power to compel the production of documents only in the context of a formal hearing. The structure and nature of s. 118(a) support this conclusion. The structure of the section makes the power to compel the production of documents a part of a complete process which is limited to a formal hearing to which witnesses may be summoned and where they may give evidence on oath. The power is coercive in nature and the limits placed on its exercise by s. 118(a) must be respected. The power is also judicial in character. To extend its application to an administrative context would be an exceptional enlargement of its scope and would require clear wording to that effect. Finally, when the Board's administrative and judicial functions are considered, the confinement of the power to compel the production of documents only to the context of a formal hearing is not inconsistent with the purposes and role of the Board.

The scope of s. 118(a) cannot be enlarged by s. 118(f). Paragraph (f) is permissive in nature and does not empower the Board to compel the production of documents when a person refuses to do so. Similarly, the reference to "written evidence" in s. 118(a) does not broaden its scope. Written testimony was historically and is still in certain contexts an effective and accurate means for presenting evidence. The modernization of the phrasing of the section, including the removal of the words "before them" with regard to the compulsion of attendance of witnesses, cannot be taken as a basis for ignoring all the other aspects of the provision which

ordonnance les enjoignant de produire les documents et renseignements demandés. Les parties intimées ont alors déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale. La cour a accueilli la demande et annulé l'ordonnance du Conseil pour le motif que ni l'art. 118 ni l'art. 121 du Code n'habilitait le Conseil à exiger la production de documents et de témoignages écrits sous serment avant la tenue d'une audience devant lui et en dehors du cadre d'une telle audience.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Iacobucci: En l'espèce, le litige porte sur la compétence du Conseil. Il s'ensuit que la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil est celle de la justesse ou de l'absence d'erreur.

L'étendue du pouvoir conféré par l'al. 118a) du Code ressort du sens clair du texte de cette disposition: le Conseil ne peut exercer son pouvoir d'exiger la production de documents que dans le cadre d'une audience formelle. Cette conclusion s'appuie sur la structure et la nature de l'al. 118a). En raison de la structure de cet alinéa, le pouvoir d'exiger la production de documents fait partie d'un processus complet auquel on ne peut recourir que dans le cadre d'une audience formelle à laquelle des témoins peuvent être assignés et où ils peuvent déposer sous serment. Le pouvoir est de nature coercitive et les restrictions que l'al. 118a) impose à son exercice doivent être respectées. Le pouvoir en cause est également de nature judiciaire. Tout élargissement de l'exercice de ce pouvoir à un contexte administratif constituerait une extension exceptionnelle de sa portée et devrait être exprimé en termes clairs. Enfin, compte tenu des fonctions administratives et judiciaires du Conseil, la restriction de l'exercice du pouvoir d'exiger la production de documents au cadre d'une audience formelle n'est pas incompatible avec le rôle et les objectifs du Conseil.

La portée de l'al. 118a) ne saurait être élargie par l'al. 118f). L'alinéa f) est de nature facultative et il n'habilite pas le Conseil à obliger une personne à produire des documents lorsque celle-ci refuse de le faire. De même, la mention du témoignage écrit, à l'al. 118a), n'en élargit pas la portée. Le témoignage écrit a constitué historiquement et constitue toujours, dans certains contextes, un moyen efficace et précis de présenter la preuve. La modernisation de la formulation de l'article, y compris la suppression des mots «devant eux» relativement à la comparution forcée de témoins, ne saurait justifier d'ignorer tous les autres aspects de la disposition qui

indicate that it is concerned with the powers of the Board in the context of a hearing. The fact that the Board is under no general duty to hold hearings does not require that its powers be interpreted so that it need never do so.

Section 121 of the Code — a general provision which empowers the Board to make orders requiring compliance with the provisions of Part V — does not include a power to compel the production of documents outside the context of a formal hearing. The general provisions in the Code cannot be construed so as to give to the Board powers which are broader than those expressly and specially provided for elsewhere. Since the power to compel the production of documents has been specially treated in s. 118(a), s. 121 cannot be used to circumvent the special limits imposed on the power by that provision.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The standard of review applicable to the Board's order is correctness. A functional analysis of the relevant sections of the Code discloses that Parliament did not intend to give the Board the exclusive power of making a final ruling on the point at issue. The Board's jurisdiction is concerned primarily with the application of Part V of the Code, and it has an especially important part to play in connection with the acquisition and extinction of bargaining rights and the exercise of rights to strike and lock out. To issue an order under s. 118(a), the Board does not have to decide a question central to its field of expertise. Determining the means of exercising the power conferred by that paragraph is not, strictly speaking, a question of industrial relations or labour law and is therefore not within the Board's jurisdiction *stricto sensu*.

The wording of s. 118(a) of the Code is ambiguous as to the way in which the power it confers on the Board is to be exercised. In view of this ambiguity, an analysis which is primarily concerned with a literal and grammatical interpretation of s. 118(a) is inappropriate. One must go beyond the wording of the provision and examine its context. Classification of the power conferred by s. 118(a) as judicial or quasi-judicial is not *per se* decisive as to its interpretation as it runs the risk of masking the nature of the Board's function, which must be both flexible and effective.

Seen in its context, especially its procedural context, the meaning of the amendment made when s. 118(a) was adopted — the removal of the words "before them"

indiquent qu'elle porte sur les pouvoirs du Conseil dans le cadre d'une audience. Ce n'est pas parce que le Conseil n'a pas d'obligation générale de tenir des audiences qu'il faut interpréter ses pouvoirs comme s'il n'avait jamais à en tenir.

L'article 121 du Code — une disposition d'application générale qui habilite le Conseil à rendre des ordonnances de se conformer aux dispositions de la partie V — ne comprend pas le pouvoir d'exiger la production de documents en dehors du cadre d'une audience formelle. Les dispositions d'application générale du Code ne sauraient être interprétées de manière à conférer au Conseil des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont expressément prévus ailleurs. Étant donné que le pouvoir d'exiger la production de documents est expressément prévu à l'al. 118(a), on ne saurait recourir à l'art. 121 pour contourner les restrictions spéciales que cette disposition impose au pouvoir en question.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Conseil est la justesse. En effet, une analyse fonctionnelle des articles pertinents du Code démontre que le législateur n'avait pas l'intention de laisser au Conseil le pouvoir exclusif de se prononcer de manière définitive sur la question en litige. La compétence du Conseil porte principalement sur l'application de la partie V du Code et son rôle est particulièrement important dans les domaines de l'acquisition et de l'extinction des droits de négociation ainsi que de l'exercice des droits de grève et de lock-out. Pour délivrer une ordonnance en vertu de l'al. 118(a), le Conseil n'a pas à trancher une question au cœur de son domaine d'expertise. La détermination des modalités d'exercice du pouvoir conféré par cet alinéa n'est pas une question relative aux relations industrielles ou au droit du travail au sens strict et ne relève donc pas de la compétence *stricto sensu* du Conseil.

Le libellé de l'al. 118(a) du Code est ambigu quant aux modalités d'exercice du pouvoir qu'il confère au Conseil. Vu cette ambiguïté, une analyse centrée sur une interprétation littérale et grammaticale de l'al. 118(a) est inappropriée. Il faut aller au-delà du texte de la disposition afin d'examiner son contexte. La qualification de judiciaire ou quasi judiciaire du pouvoir conféré par l'al. 118(a) n'est pas déterminante en soi pour son interprétation car elle risque de masquer le cadre d'intervention du Conseil, qui se veut souple et efficace.

Le sens de la modification apportée lors de l'adoption de l'al. 118(a) — la suppression des mots «devant eux» — compris dans son contexte, plus particulièrement le



— leads to the conclusion that the exercise of the power to order written testimony and documents to be filed is not subject to any duty to hold a *viva voce* hearing. First, the procedural guarantees of the parties affected are not compromised by the absence of such a hearing. A person who is the subject of a production order may put forward his objections effectively by presenting them in writing, just as he or she may do so regarding the merits of the principal case. He or she may also make use of the internal and external procedure for reviewing decisions and orders of the Board provided for in ss. 119 and 122 of the Code to make his objection. The absence of a formal hearing in the context of s. 118(a) is not inconsistent with the rules of natural justice. Second, the Board has complete control of its procedure and the right to render its decisions on the merits without any formal hearing. It would therefore seem illogical for Parliament to impose on the Board a duty to hold a *viva voce* hearing, solely in order to obtain relevant information or documents that a party refuses to provide voluntarily. Such an interpretation would establish an absolute right to a *viva voce* hearing and deprive the Board of complete control of its procedure. In the absence of clear language excluding the principle that the Board has complete control over its own procedure, courts should not adopt an interpretation which, for all practical purposes, would have the same effect. Finally, the Board's primary purpose is not inconsistent with a power to order the filing of documents and to require witnesses to testify in writing outside *viva voce* hearings. On the contrary, the effect of such a power is to increase the Board's efficacy.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Applied:** *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; **distinguished:** *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Tremblay v. Séguin*, [1980] C.A. 15; *Re Canadian Broadcasting Corp. and Canadian*

cadre procédural, amène à conclure que l'exercice du pouvoir d'ordonner le dépôt de témoignages écrits et de documents n'est assujéti à aucune obligation de tenir une audience *viva voce*. Premièrement, les garanties procédurales des parties intéressées ne sont pas compromises par l'absence d'une telle audience. La personne visée par l'ordonnance de production peut faire valoir utilement ses objections en les présentant par écrit et ce, de la même façon qu'elle peut le faire au sujet du fond de l'affaire principale. Elle peut également se prévaloir des mécanismes interne et externe de révision des décisions et ordonnances du Conseil prévus aux art. 119 et 122 du Code pour faire valoir son opposition. L'absence d'une audience formelle n'est pas incompatible dans le contexte de l'al. 118a) avec les principes de justice naturelle. Deuxièmement, le Conseil est maître de sa procédure et a la faculté de rendre ses décisions sur le fond d'une affaire en l'absence de toute audience formelle. Il semblerait donc illogique que le législateur impose au Conseil l'obligation de tenir une audience *viva voce* et ce, dans le seul but d'obtenir les renseignements ou documents pertinents qu'une partie refuserait de lui fournir volontairement. Une telle interprétation consacrerait un droit absolu à une audience *viva voce* et ferait perdre au Conseil le contrôle et la maîtrise de sa procédure. En l'absence de termes clairs qui viennent écarter le principe de la compétence du Conseil sur la maîtrise de sa propre procédure, on ne saurait privilégier une interprétation qui aurait, à toutes fins pratiques, le même effet. Enfin, l'objectif primordial du Conseil n'est pas incompatible avec un pouvoir d'ordonner la production de documents et d'obliger des témoins à témoigner par écrit en dehors d'audiences *viva voce*. Au contraire, un tel pouvoir a pour effet d'accroître l'efficacité du Conseil.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts appliqués:** *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; **distinction d'avec les arrêts:** *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; **arrêts mentionnés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Tremblay c. Séguin*, [1980] C.A.

*Union of Public Employees, Broadcast Division* (1978), 18 L.A.C. (2d) 357.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Durham Transport Inc. v. International Brotherhood of Teamsters* (1977), 21 N.R. 20; *Canadian Arsenals Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. vii; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1972, c. 18.

*Act to empower Commissioners for inquiring into matters connected with the public business, to take evidence on oath*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., c. 38.

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 160(5) [rep. 1972, c. 18, s. 1].

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 [am. 1972, c. 18, s. 1], ss. 61.5 [ad. 1977-78, c. 27, s. 21; am. 1980-81-82-83, c. 47, s. 27; am. 1984, c. 39, s. 11], 117 [am. 1977-78, c. 27, s. 39; am. 1984, c. 39, s. 25], 118 [am. 1977-78, c. 27, s. 40], 119, 121, 122 [rep. & sub. 1977-78, c. 27, s. 43], 123 [*idem*], 124 [am. *idem*, s. 44; am. 1984, c. 39, s. 26], 125, 127 [am. 1977-78, c. 27, s. 46], 128 [*idem*, s. 47; am. 1984, c. 39, s. 27], 129, 133, 134, 137 to 140, 144, 157 [am. 1977-78, c. 27, s. 55], 175, 194 [rep. & sub. 1977-78, c. 27, s. 69].

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 16(a).

*Canada Labour Relations Board Regulations, 1978*, SOR/ 78-499, s. 19.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(c).

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 50(2).

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 28(1).

15; *Re Canadian Broadcasting Corp. and Canadian Union of Public Employees, Broadcast Division* (1978), 18 L.A.C. (2d) 357.

a Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Durham Transport Inc. c. Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs* (1977), 21 N.R. 20; *Arsenaux Canadiens Liée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Liée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. vii; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

#### Lois et règlements cités

e *Acte pour autoriser les Commissaires chargés de s'enquérir de certaines matières qui concernent les affaires publiques, à recevoir les témoignages sous serment*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., ch. 38.

f *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(c).

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16(a).

*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 160(5) [abr. 1972, ch. 18, art. 1].

g *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 [mod. 1972, ch. 18, art. 1], art. 61.5 [aj. 1977-78, ch. 27, art. 21; mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 27; mod. 1984, ch. 39, art. 11], 117 [mod. 1977-78, ch. 27, s. 39; mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (ann. II, n° 14); mod. 1984, ch. 39, art. 25], 118 [mod. 1977-78, ch. 27, art. 40; mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (ann. II, n° 15)], 119, 121, 122 [abr. & rempl. 1977-78, ch. 27, art. 43], 123 [*idem*], 124 [mod. *idem*, art. 44; mod. 1984, ch. 39, art. 26], 125, 127 [mod. 1977-78, ch. 27, art. 46], 128 [*idem*, art. 47; mod. 1984, ch. 39, art. 27], 129, 133, 134, 137 à 140, 144, 157 [mod. 1977-78, ch. 27, art. 55], 175, 194 [abr. & rempl. 1977-78, ch. 27, art. 69].

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 50(2).

*Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1972, ch. 18.

*Inquiries Act*, R.S.C. 1952, c. 154, s. 4.  
*Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, s. 4.

#### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Dorsey, James E. *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*. Toronto: Carswell, 1983.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 1986, "audience", "procédure".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384, setting aside a decision of the Canada Labour Relations Board. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Louis Crête and Johane Tremblay*, for the appellant.

*R. Luc Beaulieu and Manon Savard*, as amici curiae.

*Jean-Marc Aubry, Q.C.*, and *René LeBlanc*, for the interveners.

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

GONTHIER J. — This case raises the issue of whether the appellant, the Canada Labour Relations Board (the "Board"), may act to compel parties, interveners or interested persons to produce documents prior to and outside of the context of a formal hearing held by the Board.

#### I — The Facts

On September 11, 1986, the *mis en cause*, the Canadian Air Line Pilots Association (the "Association"), brought an application to the Board pursuant to ss. 119, 133 and 144 of the *Canada Labour*

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 28(1).

*Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1952, ch. 154, art. 4.

*Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, ch. I-13, art. 4.

*Règlement du Conseil canadien des relations du travail (1978)*, DORS/ 78-499, art. 19.

#### Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Dorsey, James E. *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*. Toronto: Carswell, 1983.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 1986, «audience», «procédure».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384, qui a annulé une décision du Conseil canadien des relations du travail. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Louis Crête et Johane Tremblay*, pour l'appellant.

*R. Luc Beaulieu et Manon Savard*, en qualité d'amici curiae.

*Jean-Marc Aubry, c.r.*, et *René LeBlanc*, pour l'intervenant.

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

LE JUGE GONTHIER — La présente affaire souève la question de savoir si l'appellant, le Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil»), peut obliger des parties, des intervenants ou des intéressés à produire des documents avant la tenue d'une audience formelle et en dehors du cadre d'une telle audience.

#### I — Les faits

Le 11 septembre 1986, la mise en cause, l'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes (l'«Association»), a saisi le Conseil d'une requête fondée sur les art. 119, 133 et 144 du *Code cana-*

*Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. The Association sought an answer to two questions: whether the arrangements effected by the respondent airlines had resulted in the respondents being properly considered as a "single employer" for the purposes of s. 133 of the Code, or alternatively whether those arrangements had effected sales, for the purposes of s. 144 of the Code. Accompanying the application were a number of supporting documents. As well, several informal requests for documents were made both by the Board itself and parties to the proceedings. The substantive matters raised in the application are not themselves in issue in this appeal. The issue in this appeal arose when the Board sought to act formally in support of a request made by its delegates for information and the production of documents.

In preparation for the hearings, the Board advised the parties that it would proceed with an investigation, and informed the respondents as to the information and documents that it expected them to provide. The respondent employers had informed the Board that in their view the Board did not have the power to enforce the request for documents which had been made, and expressed their reasons for refusing to comply with the request. The required information and documents were confirmed in a letter dated June 18, 1987 sent by Serge Quesnel, labour relations officer, and Gérard Legault, director of operational services and registrar, both of the Board, to the respondents. This was in effect an informal request for documents and information. In early July, the respondents informed the Board of their refusal to comply with the request, and on July 13 the Board issued an order stated to be pursuant to ss. 118 and 121 of the Code, and in particular, but without limiting the generality of the application of s. 118, to paras. (a) and (f) of that section, to compel the respondents to deliver the documents in question by July 31, 1987. The Board stated in the introductory paragraphs to the order that it considered the relevant information and documents to be necessary for a complete investigation and review of the matters before it, as mandated pursuant to its

*dien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1. L'Association demandait au Conseil de répondre aux deux questions suivantes: les arrangements pris par les compagnies aériennes intimées avaient-ils fait en sorte que celles-ci pouvaient être considérées à juste titre comme un «employeur unique» au sens de l'art. 133 du Code ou, subsidiairement, avaient-ils eu pour effet de réaliser des ventes au sens de l'art. 144 du Code? La requête était accompagnée d'un certain nombre de documents à l'appui. De même, plusieurs demandes officieuses de documents ont été faites tant par le Conseil lui-même que par les parties aux procédures. Les questions de fond soulevées par la requête ne font pas l'objet du présent pourvoi. La question ici en litige découle du fait que le Conseil a cherché à agir officiellement à l'appui d'une demande de renseignements et de production de documents formulée par ses mandataires.

Préalablement aux audiences, le Conseil a avisé les parties qu'il procéderait à une enquête et il a indiqué aux parties intimées quels renseignements et documents il s'attendait à recevoir de leur part. Les employeurs intimés avaient informé le Conseil qu'à leur avis il n'avait pas le pouvoir d'exiger la production de documents, en motivant leur refus d'acquiescer à cette demande. Les renseignements et les documents demandés ont fait l'objet d'une confirmation par lettre datée du 18 juin 1987, transmise aux parties intimées par Serge Quesnel, agent de relations du travail et Gérard Legault, directeur des services opérationnels et greffier, tous deux au service du Conseil. Il s'agissait en fait d'une demande officieuse de documents et de renseignements. Au début du mois de juillet, les parties intimées ont signifié au Conseil leur refus d'acquiescer à la demande et, le 13 juillet, le Conseil s'est fondé sur les art. 118 et 121 du Code et, plus particulièrement, sans restreindre la portée générale de l'application de l'art. 118, sur les al. 118a) et f), pour rendre une ordonnance enjoignant aux parties intimées de produire les documents en question au plus tard le 31 juillet 1987. Le Conseil a affirmé, dans le préambule de son ordonnance, qu'il considérait que les renseignements et les documents demandés étaient nécessaires à une investigation et à une étude complètes des ques-

responsibilities under the Code. In a letter dated July 15, 1987, the Board communicated its decision to the parties, with the following explanation:

The context in which the Board is exercising its power to demand documents is at the pre-hearing stage. The Board is acting in its investigative/administrative role as a canvasser of information on the relationships <sup>b</sup> between the various employer-respondents and the applicants with regard to revision of the bargaining units, sale of businesses and single employer.

Following the refusal of the respondents to comply with the order made by the Board, the matter was brought to the Federal Court of Appeal by way of application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.). <sup>d</sup>

## II — The Judgment Below

In the Federal Court of Appeal, the application <sup>e</sup> for judicial review was allowed unanimously, and the order of the Board dated July 13, 1987 was set aside: (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384. Marceau J.A. noted that the investigations which the Board was undertaking were necessary in order <sup>f</sup> to enable the Board to consider the redefinition of the Association's certificate of certification and the scope of the existing collective agreements. While the parties raised three main arguments, the appeal was disposed of on the basis of the first issue, <sup>g</sup> being whether the Board had the power to compel the production of documents and sworn written testimony prior to and outside a hearing before the Board. <sup>h</sup>

## III — Points in Issue

The following two questions are now before this <sup>i</sup> Court:

1. May the Board, for the purposes of its inquiry into the matters raised by the Association, act pursuant to s. 118(a) of the Code to require the production of documents and written testimony <sup>j</sup> other than in a hearing *viva voce*?

tions dont il était saisi, conformément aux responsabilités que lui conférait le Code. Dans une lettre en date du 15 juillet 1987, le Conseil a communiqué sa décision aux parties en expliquant ce qui <sup>a</sup> suit:

[TRADUCTION] Le Conseil exerce son pouvoir d'exiger la production de documents dans le contexte de l'étape préparatoire à l'audience. Le Conseil agit dans le cadre <sup>b</sup> de ses fonctions d'enquête et d'administration relatives à la collecte de renseignements sur les rapports existant entre les différents employeurs intimés et les requérants, en ce qui a trait à la révision des unités de négociation, à la vente d'entreprises et à l'existence d'un employeur unique. <sup>c</sup>

À la suite du refus des parties intimées de se conformer à l'ordonnance du Conseil, la Cour d'appel fédérale a été saisie de l'affaire par voie de requête fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.). <sup>d</sup>

## II — La juridiction inférieure

En Cour d'appel fédérale, la demande de contrôle judiciaire a été accueillie à l'unanimité et l'ordonnance du Conseil, en date du 13 juillet 1987, a été annulée: (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384. Le juge Marceau a fait remarquer que les enquêtes entreprises par le Conseil étaient nécessaires pour lui permettre d'examiner la modification du certificat d'accréditation de l'Association et la portée des conventions collectives existantes. Bien que les parties aient soulevé <sup>e</sup> trois arguments principaux, seul le premier a servi à décider de l'appel, soit la question de savoir si le Conseil avait le pouvoir d'exiger la production de documents et de témoignages écrits sous serment <sup>f</sup> avant la tenue d'une audience devant le Conseil et en dehors du cadre d'une telle audience. <sup>g</sup>

## III — Les questions en litige

La Cour est maintenant saisie des deux questions suivantes:

1. Le Conseil peut-il, aux fins d'enquêter sur les questions soulevées par l'Association, invoquer l'al. 118(a) du Code pour exiger la production de documents et de témoignages écrits en dehors du cadre d'une audition *viva voce*?

2. Alternatively, did the Board act outside its jurisdiction when it founded its order on s. 121 of the Code?

#### IV — Relevant Legislative Provisions

The *Canada Labour Code* provides as follows:

118. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Board deems requisite to the full investigation and consideration of any matter within its jurisdiction that is before the Board in the proceeding;

(b) to administer oaths and affirmations;

(c) to receive and accept such evidence and information on oath, affidavit or otherwise as in its discretion the Board sees fit, whether admissible in a court of law or not;

(d) to examine, in accordance with any regulations of the Board, such evidence as is submitted to it respecting the membership of any employees in a trade union seeking certification;

(e) to examine documents forming or relating to the constitution or articles of association of

(i) a trade union or council of trade unions that is seeking certification, or

(ii) any trade union forming part of a council of trade unions that is seeking certification;

(f) to make such examination of records and such inquiries as it deems necessary;

(g) to require an employer to post and keep posted in appropriate places any notice that the Board considers necessary to bring to the attention of any employees any matter relating to the proceeding;

(h) subject to such limitations as the Governor in Council in the interests of defence or security may by regulation prescribe, to enter any premises of an employer where work is being or has been done by employees and to inspect and view any work, material, machinery, appliances or articles therein and interrogate any person respecting any matter that is before the Board in the proceeding;

(i) to order, at any time before the proceeding has been finally disposed of by the Board, that

2. Subsidièrement, le Conseil a-t-il outrepassé sa compétence en fondant son ordonnance sur l'art. 121 du Code?

#### a IV — Les dispositions législatives pertinentes

*Le Code canadien du travail* prévoit ce qui suit:

118. Le Conseil a, relativement à toute procédure engagée devant lui, pouvoir

a) de convoquer des témoins, d'en assurer la comparution, de les obliger à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, et à produire les documents et pièces qu'il estime nécessaires à une investigation et étude complète de toute question relevant de sa compétence dont il est saisi en l'espèce;

b) de recevoir des serments et affirmations solennelles;

c) de recevoir et admettre les preuves et renseignements, fournis sous serment, sous forme d'affidavit ou autrement, qu'à sa discrétion il estime appropriés, qu'ils soient ou non admissibles devant une cour de justice;

d) d'examiner, conformément à ses règlements, la preuve qui lui est présentée au sujet de l'adhésion d'employés à un syndicat recherchant son accréditation;

e) d'examiner les statuts ou documents y afférents,

(i) d'un syndicat ou d'un conseil de syndicats recherchant son accréditation, ou

(ii) de tout syndicat faisant partie d'un conseil de syndicats qui recherche son accréditation;

f) de procéder à l'examen de dossiers ou registres et aux enquêtes qu'il juge nécessaires;

g) d'exiger d'un employeur qu'il affiche et tienne affiché aux endroits appropriés tout avis que le Conseil estime nécessaire pour porter à l'attention d'employés toute question relative à la procédure;

h) sous réserve des restrictions que le gouverneur en conseil peut imposer par règlement dans l'intérêt de la défense ou de la sécurité, de pénétrer dans tout local d'un employeur où des employés effectuent ou ont effectué un travail et d'inspecter et examiner les travaux, matières, outillages, appareils ou articles qui s'y trouvent et d'interroger toute personne sur toute question dont le Conseil est saisi en l'espèce;

i) d'ordonner, en tout temps avant que le Conseil n'ait rendu sa décision finale,

- (i) a representation vote or an additional representation vote be taken among employees affected by the proceeding in any case where the Board considers that the taking of such a representation vote or additional representation vote would assist the Board to decide any question that has arisen or is likely to arise in the proceeding, whether or not such a representation vote is provided for elsewhere in this Part, and *a*
- (ii) the ballots cast in any representation vote ordered by the Board pursuant to subparagraph (i) or any other provision of this Part be sealed in ballot boxes and not counted except as directed by the Board; *b*
- (j) to enter upon an employer's premises for the purpose of conducting representation votes during working hours; *c*
- (k) to authorize any person to do anything that the Board may do under paragraphs (b) to (h) or paragraph (j) and to report to the Board thereon; *d*
- (l) to adjourn or postpone the proceeding from time to time; *e*
- (m) to abridge or enlarge the time for instituting the proceeding or for doing any act, filing any document or presenting any evidence in connection with the proceeding; *f*
- (n) to amend or permit the amendment of any document filed in connection with the proceeding; *g*
- (o) to add a party to the proceeding at any stage of the proceeding; and *h*
- (p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether *i*
- (i) a person is an employer or employee, *j*
- (ii) a person performs management functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations, *k*
- (iii) a person is a member of a trade union, *l*
- (iv) an organization or association is an employers' organization, a trade union or a council of trade unions, *m*
- (v) a group of employees is a unit appropriate for collective bargaining, *n*
- (i) qu'un scrutin de représentation ou un scrutin de représentation supplémentaire soit tenu parmi les employés touchés par la procédure dans tous les cas où le Conseil estime qu'une telle mesure l'aiderait à décider toute question qui a été soulevée ou est susceptible de l'être au cours des procédures, qu'un tel scrutin de représentation soit ou non prévu ailleurs dans la présente Partie, et
- (ii) que les bulletins de vote déposés au cours de tout scrutin de représentation tenu sur les ordres du Conseil conformément au sous-alinéa (i) ou à toute autre disposition de la présente Partie soient conservés dans des urnes de scrutin scellées et que le scrutin ne soit pas dépouillé, sauf conformément aux ordres du Conseil;
- j) de pénétrer dans les locaux d'un employeur aux fins d'y tenir des scrutins de représentation durant les heures de travail;
- k) d'autoriser toute personne à faire toute chose que le Conseil peut faire en vertu des alinéas b) à h) ou de l'alinéa j) et à lui faire rapport;
- l) d'ajourner ou de différer la procédure à l'occasion;
- m) d'abrégé ou d'étendre le délai pour engager la procédure ou pour accomplir un acte, déposer un document ou présenter une preuve dans le cadre de la procédure;
- n) de modifier tout document déposé dans le cadre de la procédure ou d'en permettre la modification;
- o) d'adjoindre une partie à la procédure à tout stade de celle-ci; et
- p) de trancher à toutes fins afférentes à la présente Partie toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure, notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir
- (i) si une personne est un employeur ou un employé,
- (ii) si une personne participe à la direction ou exerce des fonctions confidentielles ayant trait aux relations industrielles,
- (iii) si une personne est membre d'un syndicat,
- (iv) si une organisation ou une association est une association patronale, un syndicat ou un conseil de syndicats,
- (v) si un groupe d'employés est une unité habile à négocier collectivement,

(vi) a collective agreement has been entered into,  
 (vii) any person or organization is a party to or bound by a collective agreement, and

(viii) a collective agreement is in operation.

(vi) si une convention collective a été conclue,  
 (vii) si quelque personne ou association est partie à une convention collective ou est liée par cette dernière, et

(viii) si une convention collective est en application.

121. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed upon it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Part including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

#### V — Analysis

An analysis of the power granted to the Board by s. 118(a) of the Code first calls for a consideration of its wording. As the issue goes to the jurisdiction of the Board, the standard governing the judicial review of the Board's order is one of correctness: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and most recently *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230. Although s. 118(a) is constituted by one long sentence with a number of elements, its meaning is clear: the Board has the power to compel a person who refuses to provide answers or information by summoning that person to attend, and thereupon require that person to testify and produce the documentary evidence. While this is the natural meaning which appears when the provision is simply read through as a whole, it is also the meaning which commends itself when the structure and nature of the provision are examined.

The authority which is granted to the Board pursuant to s. 118 relates mainly to the powers and duties of the Board in gathering evidence, and to some degree other matters like the governance of the procedure in hearings and the determination of certain questions of fact.

The power at issue is limited by the words of s. 118(a). They do not provide for a power to compel the production of documents, *per se*; this power

121. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente Partie ou qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la présente Partie, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, il rend des ordonnances comportant obligation de se conformer aux dispositions de la présente Partie, de tout règlement pris sous son régime ou de toute décision rendue dans une affaire dont il est saisi.

#### V — Analyse

L'analyse du pouvoir que confère au Conseil l'al. 118(a) du Code passe d'abord par l'examen du texte de cette disposition. Comme le litige porte sur la compétence du Conseil, la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil est celle de la justesse ou de l'absence d'erreur: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et, plus récemment, *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230. Bien que l'al. 118(a) soit constitué d'une longue phrase et renferme un certain nombre d'éléments, son sens est clair: le Conseil peut contraindre une personne qui refuse de fournir des réponses ou des renseignements, en l'assignant à comparaître et en l'obligeant à témoigner et à produire la preuve documentaire recherchée. Bien que ce soit là le sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition dans son ensemble, c'est également le sens qui s'impose lorsqu'on en examine la structure et la nature.

Le pouvoir dont l'art. 118 investit le Conseil se rapporte principalement aux pouvoirs et aux obligations du Conseil en matière de collecte d'éléments de preuve et, dans une certaine mesure, à d'autres questions comme celle de la gestion de la procédure des audiences et la détermination de certaines questions de fait.

Le pouvoir ici en cause est restreint par le texte de l'al. 118(a), qui ne confère pas en soi le pouvoir d'exiger la production de documents; ce pouvoir



does not stand alone. Rather, the section empowers the Board to require that certain persons attend and to compel them to give evidence, whether it be oral or written, and to produce documents or other things which the Board deems requisite in the circumstances. Those activities are not expressed to be in the alternative, but are outlined as part of one single process. The process is initiated by the summoning and enforced attendance of witnesses, and it is in relation to those persons — witnesses summoned — that the power of the Board to compel the production of documents is conferred. This power must of necessity be exercised with regard to specific individuals, as it is attached to the summoning and testifying of witnesses. The section also requires that those persons give their evidence on oath. The reference to persons summoned to give oral and written evidence on oath is part of the limits on the exercise of the power.

This empowering provision is distinct from all but one other provision in s. 118. Paragraphs (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h) and (j) of that section allow the Board to consider a wide variety of sources and forms of information. There is in these provisions no expression of a power to compel or require the production of any of the evidence referred to in these paragraphs. All of the sources of information there referred to may only be examined on a voluntary basis and without the exercise of constraint. This no doubt explains the decision of the Board to ground the order not on a single provision but on paras. (a) and (f) together of s. 118. Paragraph (f) permits the Board to engage in such enquiries and examination of records as it deems necessary, but it does not empower the Board to compel the production of documents when a person refuses to do so. Paragraph (f) is in terms similar to preceding sections of the paragraph which enumerate specific evidence and documents which the Board may receive and examine. For instance, para. (d) includes a reference to “such evidence as is submitted to it”. Together with the other paragraphs of s. 118, para. (f) does allow the Board to examine a wide variety of sources for the purposes of fulfilling its duties, but does not expand the scope of the

n'est pas conféré de manière absolue. La disposition habilite plutôt le Conseil à exiger que certaines personnes comparaissent devant lui, témoignent oralement ou par écrit et produisent les documents ou autres pièces qu'il estime nécessaires dans les circonstances. Ces démarches ne sont pas décrites comme distinctes au gré du Conseil, mais font partie d'un seul et même processus enclenché par l'assignation des témoins et la comparution obligatoire de ces derniers; c'est relativement à ces personnes — les témoins assignés — que le pouvoir d'exiger la production de documents est conféré au Conseil. Ce pouvoir doit nécessairement être exercé à l'égard de personnes précises, étant donné qu'il se rattache à l'assignation et aux dépositions de témoins. La disposition exige également que ces personnes témoignent sous serment. La mention des personnes assignées pour témoigner sous serment, oralement ou par écrit, fait partie des restrictions imposées à l'exercice du pouvoir en cause.

Cette disposition habilitante se distingue de toutes les autres dispositions de l'art. 118, sauf une. Les alinéas b), c), d), e), f), g), h) et j) de cet article permettent au Conseil d'examiner toute une gamme de sources et de genres de renseignements. Ces dispositions ne font nullement état d'un pouvoir d'exiger la production des éléments de preuve qui y sont mentionnés. Toutes les sources de renseignements qui y sont mentionnées peuvent être examinées sur une base volontaire, en l'absence de toute contrainte. Cela explique sans doute pourquoi le Conseil a fondé son ordonnance non pas sur une seule disposition, mais à la fois sur les al. 118a) et 118f). L'alinéa f) autorise le Conseil à procéder à l'examen de dossiers ou registres et aux enquêtes qu'il juge nécessaires, mais il ne l'habilite pas à obliger une personne à produire des documents lorsque celle-ci refuse de le faire. La formulation de l'al. f) s'apparente à celle des alinéas précédents qui énumèrent les éléments de preuve et documents précis que le Conseil peut recevoir et examiner. Par exemple, l'al. d) renvoie à la «preuve qui lui est présentée». De pair avec les autres alinéas de l'art. 118, l'al. f) permet au Conseil d'examiner toute une gamme de sources aux fins de ses fonctions, mais il n'élargit pas la portée

power provided for in s. 118(a). The structure of the provision limits the exercise of the power of compulsion to the context of a formal hearing.

This conclusion is also supported by the nature of the provision. The power granted by s. 118(a) is coercive. While the orders of the Board are not executory in themselves, they are enforceable by filing with the Registry of the Federal Court, as judgments of that court pursuant to s. 123 of the Code, with the penalties attached thereto including that of imprisonment. The exercise of such powers is normally reserved uniquely for courts of law, and it is exceptional that they may be initiated by a body such as the Board. This is significant in two ways. First, because s. 118(a) is an exceptional provision which grants to a body a significant power, special attention must be given for this reason alone to any limits which are placed on the exercise of that power by the words of the provision granting it. The Board has no inherent jurisdiction, unlike superior courts whose powers of coercion find their origins in the inherent jurisdiction of those courts.

Second, it requires consideration of the special application of the power which the Board seeks to have affirmed. The context in which the power was purportedly exercised is an administrative one. The Board correctly envisaged its purpose as the accumulation of information bearing on the relationships between the various employer-respondents and the applicants with regard to the revision of the bargaining units, the sale of businesses and single employer. The power was exercised in support of an initial request made informally. There is no reference in the provision to the exercise of the powers to compel the production of documents in the context of the administrative role of the Board. On the contrary, each and every reference to the manner of exercise of the power contained in the provision relates to its exercise in a non administrative context in contrast to the other information gathering provisions of s. 118. As noted above, persons subject to the power are

du pouvoir conféré à l'al. 118a). La structure de la disposition fait en sorte que le pouvoir de contrainte ne peut être exercé que dans le cadre d'une audience formelle.

Cette conclusion s'appuie également sur la nature de la disposition. Le pouvoir conféré à l'al. 118a) est un pouvoir de contrainte. Bien que les ordonnances du Conseil ne soient pas exécutoires en soi, elles peuvent être mises à exécution par dépôt au greffe de la Cour fédérale, à titre de jugements de cette cour conformément à l'art. 123 du Code, et être assorties des peines qui s'y rattachent dont celle d'emprisonnement. L'exercice de tels pouvoirs est normalement réservé aux cours de justice et ce n'est qu'exceptionnellement qu'un organisme comme le Conseil peut les exercer. Cela est important pour deux raisons. Premièrement, comme l'al. 118a) est une disposition exceptionnelle qui confère à un organisme un pouvoir important, une attention spéciale doit être accordée, pour ce seul motif, à toutes restrictions apportées à l'exercice de ce pouvoir par le texte de la disposition qui le confère. Le Conseil n'a pas de compétence inhérente, à la différence des cours supérieures qui tirent leurs pouvoirs de contrainte de leur compétence inhérente.

Deuxièmement, il exige de tenir compte de l'application spéciale du pouvoir que le Conseil cherche à faire confirmer. Le contexte dans lequel le pouvoir a apparemment été exercé est un contexte administratif. Le Conseil a considéré à juste titre que son objectif était de recueillir des renseignements sur les rapports existant entre les différents employeurs intimés et les requérants, en ce qui a trait à la révision des unités de négociation, à la vente d'entreprises et à l'existence d'un employeur unique. Le pouvoir a été exercé à l'appui d'une demande initiale qui avait été faite officieusement. La disposition ne mentionne pas l'exercice des pouvoirs d'exiger la production de documents dans le contexte des fonctions administratives du Conseil. Au contraire, chaque mention, dans la disposition, de l'exercice du pouvoir conféré a trait à son exercice dans un contexte non administratif, contrairement à ce qui se passe dans les autres dispositions de l'art. 118 relatives à la

referred to as "witnesses", the process by which their presence is to be secured is by means of summons, and the evidence is to be given on oath.

Indeed, the nature of the acts authorized by para. (a) is judicial. Reference may be had to the case of *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, at p. 225. In that case, the commissioner who had required the production of documents had the authority to act with the powers of a superior court in term. In rejecting the argument that cases involving other actions of commissions were applicable, it was decided that the nature of the activity of the commission must be properly identified. It was held that:

... what is presently in issue is the validity of strictly judicial acts: the compulsion of witnesses to testify and to produce documents.

In *Tremblay v. Séguin*, [1980] C.A. 15, the Quebec Court of Appeal considered this matter. The important connection between the aspect of enforcement by constraint, the nature of the power and the proper interpretation of that power was there recognized. As was stated in the reasons of L'Heureux-Dubé J.A. (as she then was), at p. 16:

[TRANSLATION] After considering the relevant provisions of the *Police Act* and the *Public Inquiry Commissions Act* from which the appellants derive their powers, the trial judge said the following:

In the circumstances, did the respondent commissioners and the *mis en cause* Commission have the power to summon the applicants to appear and to testify?

The power of constraint is a significant limitation on the principles of individual liberty. Legislation conferring that power must be construed with the greatest caution and the prescribed procedure must be regarded as a matter of strict law. . . .

I agree.

The characterization of the power in question cannot proceed without reference to the exorbitant nature of the penalties which are available to

collecte de renseignements. Comme je l'ai mentionné précédemment, les personnes assujetties au pouvoir conféré sont appelées «témoins», leur comparution est assurée par voie d'assignation et elles doivent témoigner sous serment.

En fait, les actes autorisés à l'al. a) sont de nature judiciaire. Voir, à cet égard, l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, à la p. 225. Dans cette affaire, le commissaire qui avait exigé la production de documents était investi de tous les pouvoirs d'une cour supérieure siégeant en terme. En rejetant l'argument selon lequel la jurisprudence relative à d'autres mesures prises par des commissions s'appliquait, la Cour a jugé nécessaire de qualifier correctement la nature de l'activité de la commission. Elle a conclu que:

... ce qui est actuellement en litige c'est la validité d'actes purement judiciaires: l'ordre donné à des témoins de témoigner et de produire des documents.

Dans *Tremblay c. Séguin*, [1980] C.A. 15, la Cour d'appel du Québec a examiné la question. On y reconnaît qu'il existe un lien important entre l'exécution par contrainte, la nature du pouvoir en cause et l'interprétation juste de ce pouvoir. Comme le juge L'Heureux-Dubé, maintenant juge de notre Cour, l'a affirmé dans ses motifs, à la p. 16:

Le juge de première instance, après examen des dispositions pertinentes de la *Loi de police* et de la *Loi des commissions d'enquête* dont les appelants tirent leurs pouvoirs, dit ceci:

Dans les circonstances les commissaires intimés et la Commission mis en cause avaient-ils le pouvoir d'assigner les requérants à comparaître et témoigner?

Le pouvoir de contrainte constitue une restriction importante aux principes de la liberté individuelle. Les textes octroyant ce pouvoir doivent être interprétés avec la plus grande réserve et les formalités prescrites doivent être considérées comme étant de droit strict. . . .

Je suis d'accord.

La qualification du pouvoir en cause ne peut être faite sans tenir compte de la nature extraordinaire des peines susceptibles d'être infligées en cas de

secure compliance. In light of the judicial nature of the power, an extension of the power so that it would be exercisable in an administrative context would be an exceptional enlargement of its application. The power cannot be envisaged to be so broad in the absence of clear wording to that effect.

It has been pointed out that there is no provision which requires the Board to hold formal hearings, and yet the result of the interpretation adopted by the Court of Appeal is that the power of constraint which it has pursuant to s. 118(a) can only be exercised once the Board has chosen to hold a hearing. This is not incompatible. The fact that the Board is under no general duty to hold hearings does not require that its powers be interpreted so that it need never do so.

While the Board has the power under s. 118(k) to delegate certain of its functions, the power of the Board to compel the production of documents is not included within this group of functions. Instead, it is excluded from being the subject of delegation, together with the other coercive powers which the Board has, namely, to order a representation vote pursuant to s. 118(i). This highlights the distinct and restricted nature of this power.

It is argued that the reference to written evidence in s. 118(a) broadens its scope. In the Court of Appeal, Marceau J.A. approaches this question in terms of the history of the provision. The reference to written testimony is reflective of the fact that prior to the development of effective means for recording testimony, the use of written testimony was an effective and accurate way for the presentation of evidence. While there has been some reformulation of the words of the provision, which Marceau J.A. records in more detail, it remains reflective of the wording of similar provisions which date from the last century. It should also be noted that, in addition to exceptional circumstances such as where evidence is to be given by a person both deaf and mute, or when the information in question is in the nature of graphs or charts, the giving of written testimony may nonetheless simply be an efficient mode for the trans-

non-respect. Étant donné la nature judiciaire du pouvoir, tout élargissement de celui-ci à un contexte administratif constituerait une extension exceptionnelle de son application. On ne saurait considérer que le pouvoir conféré est aussi général en l'absence d'un texte clair en ce sens.

On a souligné qu'aucune disposition n'exige du Conseil qu'il tienne des audiences formelles et, pourtant, il ressort de l'interprétation donnée par la Cour d'appel que le pouvoir de contrainte dont l'al. 118a) investit le Conseil ne peut être exercé qu'une fois qu'il a décidé de tenir une audience. Je n'y vois rien de contradictoire. Ce n'est pas parce que le Conseil n'a pas d'obligation générale de tenir des audiences qu'il faut interpréter ses pouvoirs comme s'il n'avait jamais à en tenir.

L'alinéa 118k) confère au Conseil le pouvoir de déléguer certaines de ses fonctions, mais le pouvoir qu'il a d'exiger la production de documents n'est pas au nombre de celles-ci. Ce pouvoir échappe plutôt à toute délégation possible comme c'est le cas également des autres pouvoirs de contrainte dont le Conseil est investi, notamment celui d'ordonner la tenue d'un scrutin de représentation conformément à l'al. 118i). Cela fait ressortir le caractère distinct et limité de ce pouvoir.

On prétend que la mention du témoignage écrit, à l'al. 118a), en élargit la portée. Le juge Marceau de la Cour d'appel aborde cette question sous l'angle de l'historique de la disposition. La mention du témoignage écrit reflète le fait qu'avant la mise au point de moyens efficaces d'enregistrer les témoignages, le recours au témoignage écrit constituait un moyen efficace et précis de présenter la preuve. Même si son texte a été quelque peu modifié, ce dont fait état plus en détail le juge Marceau, la disposition rappelle le libellé de dispositions similaires datant du siècle dernier. Il y a lieu de souligner que, hormis les circonstances exceptionnelles où, par exemple, une personne sourde et muette est appelée à témoigner, ou lorsque les renseignements en question se présentent sous forme de graphiques ou de diagrammes, le témoignage écrit peut néanmoins constituer simplement un moyen efficace de communiquer des renseigne-

mission of information and is commonly used, particularly in areas of expert testimony. The inclusion within the provision of a reference to written testimony does not therefore mandate the conclusion that the power to compel the production of documents may be exercised other than in a formal hearing. While there have been a number of changes to the wording of the provision over the years, including the removal from s. 118 of the words "before them" with regard to the compulsion of attendance of witnesses, the modernization of the phrasing cannot be taken as a basis for ignoring all the other aspects of the provision which indicate that it is indeed concerned with the powers of the Board in the context of a hearing. Such a significant change to the nature of the powers under that section would require clear and express wording.

It is noted that a similar conclusion regarding the scope of s. 118(a) was reached by George W. Adams sitting as arbitrator in *Re Canadian Broadcasting Corp. and Canadian Union of Public Employees, Broadcast Division* (1978), 18 L.A.C. (2d) 357, at p. 362:

... the phrase "to produce documents and things" is referable to the Board's powers over witnesses it has summoned to appear before it ... Had Parliament intended to provide the Board with a power "to order" the production of documents similar to the powers of our civil Courts, the section in question [i.e. relating to the giving of oral or written testimony, etc.] would have specifically provided for this power and, most likely, would have provided a correlative procedure for pre-hearing motions to review such an important power.

See also, *Canadian Labour Law* (2nd ed. 1993), at pp. 5-1 ff.

It was argued that since the wording of the enabling legislation does not precisely delineate the powers of the Board (a premise with which I disagree), it would be not unreasonable in light of the words of the enabling statute, and indeed useful, if a general power to compel the production of documents were to be recognized. It was also argued that the recognition of such a power is necessary

ments, auquel on a souvent recours, particulièrement dans le domaine des témoignages d'expert. Le fait que la disposition envisage le témoignage écrit n'oblige donc pas à conclure que le pouvoir d'exiger la production de documents peut être exercé en dehors du cadre d'une audience formelle. Bien qu'au fil des ans un certain nombre de modifications aient été apportées au texte de la disposition, y compris la suppression, à l'art. 118, des mots «devant eux» relativement à la comparution forcée de témoins, on ne saurait considérer que la modernisation de la formulation justifie d'ignorer tous les autres aspects de la disposition qui indiquent qu'elle porte effectivement sur les pouvoirs du Conseil dans le cadre d'une audience. Une modification aussi importante de la nature des pouvoirs conférés par cet article devrait être formulée de façon claire et explicite.

Soulignons que George W. Adams en est arrivé à la même conclusion au sujet de la portée de l'al. 118a), alors qu'il siégeait à titre d'arbitre dans *Re Canadian Broadcasting Corp. and Canadian Union of Public Employees, Broadcast Division* (1978), 18 L.A.C. (2d) 357, à la p. 362:

[TRADUCTION] ... les termes «produire les documents et pièces» se rapportent aux pouvoirs du Conseil à l'égard des témoins qu'il a assignés à comparaître devant lui. [...] Si le législateur avait voulu investir le Conseil d'un pouvoir «d'ordonner» la production de documents s'apparentant aux pouvoirs de nos tribunaux civils, la disposition en question [c.-à-d. en ce qui concerne le témoignage donné oralement ou par écrit, etc.] aurait expressément prescrit ce pouvoir et aurait fort probablement établi une procédure correlative applicable à la présentation de requêtes préalables à l'audience, visant à contrôler un pouvoir aussi important.

Voir aussi *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. 1993), aux pp. 5-1 et suiv.

On a fait valoir que, puisque la loi habilitante ne décrit pas avec précision les pouvoirs du Conseil (ce avec quoi je ne suis pas d'accord), il ne serait pas déraisonnable et il serait même utile, compte tenu du texte de la loi habilitante, de reconnaître l'existence d'un pouvoir général d'exiger la production de documents. On a également soutenu qu'il est nécessaire et indispensable de reconnaître

and indispensable in order that the other powers granted may be exercised effectively.

In the Court of Appeal, Marceau J.A. considered the consistency of the various arguments raised (at p. 265 N.R.):

It was suggested that the restrictive character of the provision [118(a)] should not prevail. Counsel argued, first, that the drafters of the provision clearly did not intend to give the words used the exclusive meaning they might ordinarily have, as they spoke of “written evidence” and evidence is not given in writing at a hearing. Then, having by this means minimized the importance of the words used, counsel maintained that a restrictive interpretation would conflict with the context, as it would be inconsistent with the function assigned to the Board and the way in which it must fulfil that function. I do not share these views.

While these comments must be understood in the context of the conclusion of Marceau J.A., with which I am in agreement, that the scope of the provision is clear on its face, they point to two matters which should be noted here. It is a fundamental rule of interpretation that the meaning of general provisions in the Code cannot be developed in such a way so as to give to the Board powers which are broader than those expressly and specially provided for elsewhere. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at p. 432, Beetz J. referred to the reasons for this principle of interpretation as twofold: first, the general may not be interpreted so as to render unnecessary the other provisions setting forth the power of the Board, and second, the limitations inherent in the specific provisions which detail the powers of the Board must be abided by if the intent of the legislature is to be respected. One of the issues in that case was the proper relationship between a broader, general provision, s. 121 of the Code, and the grants of powers made specifically elsewhere in the Code. Beetz J. wrote (at pp. 432-33):

l'existence d'un tel pouvoir afin que les autres pouvoirs conférés puissent être exercés efficacement.

Le juge Marceau de la Cour d'appel a examiné la logique des divers arguments soulevés (à la p. 265 N.R.):

On a cherché à prétendre que le caractère limitatif du texte [al. 118a)] ne devrait pas être retenu. On a fait valoir d'abord que les rédacteurs du texte ne voulaient sans doute pas attribuer aux mots utilisés le sens limitatif qu'ils pourraient normalement avoir, car ils ont parlé de «témoignage écrit» et on ne témoigne pas par écrit au cours d'une audition. Puis, ayant pu de cette façon minimiser l'importance des mots utilisés, on a alors soutenu qu'une interprétation qui resterait limitative trahirait le contexte, en ce sens qu'elle ne concorderait pas avec le rôle attribué au Conseil et la façon dont il doit remplir sa mission. Je ne partage pas ces vues.

Bien qu'il faille comprendre ces propos dans le contexte de la conclusion du juge Marceau, que je partage, selon laquelle la portée de la disposition est claire à première vue, elles soulèvent deux questions qu'il y a lieu de signaler en l'espèce. Il existe une règle fondamentale d'interprétation selon laquelle les dispositions d'application générale du Code ne peuvent être interprétées de manière à conférer au Conseil des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont expressément prévus ailleurs. Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la p. 432, le juge Beetz explique que la raison d'être de ce principe d'interprétation comporte deux volets: premièrement, la disposition générale ne saurait être interprétée de manière à rendre inutiles les autres dispositions qui énoncent le pouvoir du Conseil et, deuxièmement, les restrictions inhérentes des dispositions particulières qui précisent les pouvoirs du Conseil doivent être respectées afin de ne pas aller à l'encontre de la volonté du législateur. L'une des questions en litige dans cette affaire portait sur le lien qu'il convenait d'établir entre l'art. 121 du Code, une disposition d'application générale de portée plus large, et les attributions expresses de pouvoirs que l'on trouve ailleurs dans le Code. Le juge Beetz écrit, aux pp. 432 et 433:

It is quite possible that s. 121 covers only the powers necessary to perform the tasks expressly conferred on the Board by the Code, as Pratte J. indicated. Nevertheless, I consider that even if it covers autonomous or principal powers, like that of ordering a reference to arbitration, and not merely incidental or collateral powers, it cannot cover autonomous powers designed to remedy situations which the Code has dealt with elsewhere, and for which it has prescribed specific powers, as is the case with unlawful strikes. Here, the legislator has not only specified the principal powers of the Board in s. 182, but its collateral powers as well in s. 183.1. These two sections contain an exhaustive description of the Board's authority over unlawful strikes and cover it completely.

While I shall refer to these words of Beetz J. below in connection with the arguments raised regarding s. 121 in this case, it is clear that the mere presence of words capable of bearing a broad meaning must not provide a foundation for the disregard of the restrictive provisions which specially delineate the power at issue.

Nor can the argument that the more general provisions justify a broader interpretation of the power to compel the production of documents be supported in light of a careful review of the purposes and role of the Board. It was submitted that the administrative aspect of the role of the Board required that the powers of the Board be viewed in a generous fashion. This argument cannot succeed here, for two reasons. First, the Board does not only have an administrative function to perform. The Board is required to act in the manner of a court of law in assessing legal arguments in relation to complex factual circumstances. Second, and as a result, the procedural safeguards which normally accompany a process having a judicial character cannot be viewed as alien in relation to the activities of the Board. At the most general level, the limitations which are imposed upon the Board's exercise of its power to compel the production of documents are consistent with the principle of *audi alteram partem*. I am in agreement with Marceau J.A. in that (at p. 267 N.R.):

This is not a matter of limiting the scope of the Board's investigations, simply of requiring that to secure the production of documents and testimony of witnesses it

Il est bien possible que l'art. 121 ne vise que les pouvoirs nécessaires à l'exécution des tâches que le Code attribue expressément au Conseil, comme l'écrit le juge Pratte. Je pense néanmoins que même s'il vise des pouvoirs autonomes ou principaux, comme celui de décréter le renvoi à l'arbitrage, et non seulement incidents ou accessoires, il ne peut s'agir de pouvoirs autonomes destinés à redresser des situations que le Code a prévues ailleurs, pour lesquelles il a prescrit des pouvoirs spécifiques, comme c'est le cas pour les grèves illégales. Ici, le législateur a non seulement précisé les pouvoirs principaux du Conseil à l'art. 182, mais également ses pouvoirs incidents à l'art. 183.1. Ces deux articles décrivent de façon exhaustive la compétence du Conseil en matière de grève illégale et en épuisent le contenu.

Je reviendrai sur ces propos du juge Beetz relativement aux arguments invoqués au sujet de l'art. 121 en l'espèce, mais il est clair que la seule présence de termes susceptibles d'avoir une portée générale ne doit pas justifier de passer outre aux dispositions restrictives qui décrivent expressément le pouvoir en cause.

Si on examine attentivement les objectifs et le rôle du Conseil, on ne peut non plus soutenir que les dispositions plus générales justifient une interprétation plus large du pouvoir d'exiger la production de documents. On a prétendu que l'aspect administratif du rôle du Conseil exigeait que ses pouvoirs soient interprétés de manière généreuse. Cet argument ne saurait être retenu pour deux raisons en l'espèce. Premièrement, le Conseil n'a pas que des fonctions administratives à remplir. Il doit agir à la manière d'une cour de justice en évaluant des arguments juridiques à la lumière de situations de fait complexes. Deuxièmement, et par voie de conséquence, les garanties procédurales dont est normalement assorti un processus de nature judiciaire ne sauraient donc être considérées comme étant étrangères aux activités du Conseil. Au niveau des grands principes, les restrictions applicables à l'exercice du pouvoir du Conseil d'exiger la production de documents sont compatibles avec celui de l'*audi alteram partem*. Je partage l'opinion du juge Marceau à cet égard (à la p. 267 N.R.):

Il n'est pas question de limiter le Conseil dans ses enquêtes, il est seulement question d'exiger que pour la production de documents et à la déposition de témoins,

should only use the measures at its disposal to overcome the reticence of an individual in a manner which allows that individual to adequately present the reasons for his objections.

This is not to say that there is no other way in which fairness to a witness who is compelled to produce evidence may be achieved. But it does demonstrate that these limits are consistent with the functioning of the Board, when the purposes of the Board are seen as a whole.

While it was argued that such a situation would be inconsistent with the efficient and normal functioning of the Board, there is no evidentiary basis for a conclusion that recognizing the power to compel the production of documents only in the context of a formal hearing would amount to anything more than an inconvenience. The Board is not prevented from receiving documentary evidence which persons choose to submit, as it is only the power of compulsion itself which is subject to limitations. Having regard to the fact that the functions of the Board include not only administrative but also judicial and quasi-judicial functions, the importance of the efficient operation of the Board must be balanced with the considerations of procedural fairness which are manifest in the structure of the enabling legislation itself.

This Court has had occasion to consider the question of the proper way to approach the interpretation of the provisions which empower certain bodies to undertake certain kinds of activities. In *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, this Court considered whether a statutory grant of authority in ss. 8(1), 8(2) and 8(3) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), provided a power to punish for contempt *ex facie curiae*. Those sections were held to provide for such a power on the basis of the plain meaning of the words as well as the breadth of the provisions seen in light of one another and established principles of interpretation. The jurisdiction of the Tribunal was grounded in s. 8(1) of the Act, and its power to punish for

il ne puisse utiliser les mesures à sa disposition pour vaincre la réticence d'un justiciable que dans un cadre qui permette à ce dernier de faire valoir utilement les motifs à la base de ses objections.

<sup>a</sup> Cela ne revient pas à dire qu'il n'y a aucune autre façon d'assurer un traitement équitable au témoin qui est contraint de produire un élément de preuve. Cela montre, cependant, que ces restrictions sont compatibles avec le fonctionnement du Conseil, lorsque les objectifs de l'organisme sont considérés dans leur ensemble.

<sup>c</sup> Bien qu'on ait soutenu qu'une telle situation serait incompatible avec le fonctionnement normal et efficace du Conseil, aucun élément de preuve ne permet de conclure que la reconnaissance du pouvoir d'exiger la production de documents uniquement dans le cadre d'une audience formelle constituerait autre chose qu'un simple inconvénient. Rien n'empêche le Conseil de recevoir la preuve documentaire que des personnes choisissent de produire, étant donné que ce n'est que le pouvoir de contrainte lui-même qui fait l'objet de restrictions. Compte tenu du fait que le Conseil exerce des fonctions non seulement administratives, mais encore judiciaires et quasi judiciaires, l'importance du fonctionnement efficace du Conseil doit être contrebalancée par les considérations d'équité procédurale qui ressortent de la structure même de la loi habilitante.

<sup>g</sup> Notre Cour a eu l'occasion d'examiner l'interprétation des dispositions qui habilitent certains organismes à exercer certains types d'activités. Dans *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, la Cour a examiné la question de savoir si le pouvoir conféré par les par. 8(1), 8(2) et 8(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), comprenait celui de punir l'outrage commis hors la présence du Tribunal. Elle a décidé que ces dispositions conféraient un tel pouvoir, en s'appuyant sur le sens clair des mots, sur la portée des dispositions considérées les unes par rapport aux autres et sur les principes d'interprétation établis. La compétence du Tribunal était fondée sur le par. 8(1) de la Loi et son pouvoir de punir l'ou-



contempt *ex facie curiae* was specified in s. 8(2). That section reads as follows:

8. . . .

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

Having regard to the whole statutory scheme, it was held at pp. 411-12 that:

Section 8(2) confirms and consolidates the jurisdiction of the Tribunal. In the context of s. 8(2), the words "enforcement of its orders" coupled with the phrase "necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction" cannot be read otherwise than as a grant to the Tribunal of the powers of a superior court of record with respect to the enforcement of its orders, which includes the power over contempt for breaches of its orders.

The broad wording of s. 8(2) relates directly to the scope and nature of the powers of the Tribunal itself, and not merely to the roles, goals or purposes of the Tribunal. Section 8(2) expressly grants to the Tribunal all the powers vested in a superior court of record for the enforcement of its orders. It was found that the power in question was expressly included as a result of the plain meaning of the words of the empowering provisions.

Furthermore, unlike the present case, the character of the power granted to the Tribunal was consistent with and indeed the same as the context in which it was to be exercised; both were judicial. Moreover, s. 8(3) of the Act not only confirmed the contempt power of the Tribunal, it also introduced procedural safeguards specific to the exercise of the power. The difficulty which presented itself in that case was the common law presumption that it was within the exclusive power of the superior courts to punish contempt *ex facie*, and the resulting question which arose was whether this well-established jurisdiction was granted to the Tribunal by statute. It was the clear wording of the statutory grant which led this Court to conclude that the statutory provisions did indeed so operate.

trage commis hors sa présence était conféré au par. 8(2), dont voici le texte:

8. . . .

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

Compte tenu de l'ensemble du régime législatif, on conclut, aux pp. 411 et 412, que:

Le paragraphe 8(2) confirme et consolide la compétence du Tribunal. Dans le contexte du par. 8(2), les termes «exécution de ses ordonnances» conjugués à l'expression «relevant de sa compétence» ne peuvent signifier autre chose que l'attribution au Tribunal des pouvoirs d'une cour supérieure d'archives en ce qui a trait à l'exécution de ses ordonnances, ce qui comprend le pouvoir en matière d'outrage résultant de la violation de ses ordonnances.

Les termes généraux du par. 8(2) ont directement trait à l'étendue et à la nature des pouvoirs du Tribunal lui-même et non seulement à ses fonctions ou objectifs. Le paragraphe 8(2) confère expressément au Tribunal tous les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives aux fins de l'exécution de ses ordonnances. La Cour a conclu que le Tribunal était expressément investi du pouvoir en cause en raison du sens clair des mots employés dans les dispositions habilitantes.

En outre, contrairement à la présente affaire, la nature du pouvoir conféré au Tribunal était compatible avec celle du contexte dans lequel il devait être exercé, et lui correspondait même: les deux étaient judiciaires. Par ailleurs, non seulement le par. 8(3) de la Loi confirmait le pouvoir que le Tribunal possédait en matière d'outrage, mais encore il prévoyait des garanties procédurales spécifiques à son exercice. Le problème qui se posait dans cette affaire découlait de la présomption de common law selon laquelle les cours supérieures avaient le pouvoir exclusif de punir l'outrage commis hors la présence du tribunal, et il fallait donc déterminer si la Loi conférait au Tribunal cette compétence bien établie. C'est en raison de la formulation claire de l'attribution de pouvoir par la

The wording of the provision in the present case bears directly upon limits to the exercise of the power to compel the production of documents, and the nature of the power is not consistent with the manner in which it is sought to be exercised. While some of the same principles of statutory interpretation apply to both cases, they lead to different results.

In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, this Court considered whether the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission had the authority to review revenues of Bell Canada during the period when an interim rate schedule approved by the Commission was in place, and whether the Commission had the jurisdiction to make an order compelling Bell Canada to grant a refund by way of a one-time credit to its customers. In concluding that the Commission did indeed have the power to revisit the situation during this period, the nature of an interim order was considered. Despite the fact that the relevant legislation required that both interim and final orders be just and reasonable, the importance of emphasizing the distinct nature of an interim order was recognized. On the facts of that case (at pp. 1755-56):

... the interim rate increase was granted on the basis that the length of the proceedings could cause a serious deterioration in the financial condition of [Bell Canada]. Only once such an emergency situation was found to exist did the [Commission] ask itself what rate increase would be just and reasonable on the basis of the available evidence and for the purpose of preventing such a financial deterioration. The inherent differences between a decision made on an interim basis and a decision made on a final basis clearly justify the power to revisit the period during which interim rates were in force.

On the basis that the Commission did have the power to revisit the period during which the interim rates were in force for the purposes of determining whether those rates had proven to be

Loi que notre Cour a conclu que les dispositions législatives avaient cet effet. Dans la présente affaire, le texte de la disposition en cause se rapporte directement aux restrictions à l'exercice du pouvoir d'exiger la production de documents, et la nature du pouvoir conféré n'est pas compatible avec la façon dont on cherche à l'exercer. Même si des principes d'interprétation législative identiques s'appliquent dans les deux cas, leur application mène à des résultats différents.

Dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, la Cour devait déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes avait le pouvoir d'examiner les revenus réalisés par Bell Canada pendant la période où une échelle de taux provisoires approuvée par le Conseil était en vigueur et si le Conseil avait compétence pour rendre une ordonnance enjoignant à Bell Canada d'accorder un remboursement par voie de crédit forfaitaire à ses clients. Pour conclure que le Conseil avait le pouvoir de réexaminer la situation au cours de cette période, on a tenu compte de la nature d'une ordonnance provisoire. Malgré le fait que la loi applicable prévoyait que l'ordonnance provisoire et l'ordonnance définitive devaient être justes et raisonnables, la Cour a reconnu qu'il importait d'insister sur la nature distincte d'une ordonnance provisoire. D'après les faits de cette affaire (aux pp. 1755 et 1756):

... la majoration tarifaire provisoire a été accordée parce que la longueur des procédures pouvait entraîner une grave détérioration de la situation financière de [Bell Canada]. Ce n'est que lorsque [le Conseil] a conclu qu'une telle situation d'urgence existait qu'il s'est demandé quelle majoration provisoire serait juste et raisonnable compte tenu des éléments de preuve disponibles et pour éviter cette détérioration financière. Les différences inhérentes entre une décision provisoire et une décision finale justifient clairement le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur.

En tenant pour acquis que le Conseil avait le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur afin de déterminer si ceux-ci s'étaient vraiment révélés justes et

indeed just and reasonable, it was accepted that there was a power to make a remedial order. The question which was at the centre of that case was, therefore, whether recognition ought to be given to a power of the Commission which, if unrecognized, would result in the frustration of the work of the Commission in its central role of ensuring that the rates charged to the public were just and reasonable. If interim rates could not be reviewed and appropriate revisions made once all the relevant information was available, the activity of the Commission in ensuring that fair rates were charged would, in effect, become secondary to that of assisting the regulated bodies in avoiding financial deterioration. Such an interpretation would be clearly inconsistent with the legislation's provisions, seen as a whole and individually, as well as the purpose of the legislation. It was the safeguarding of the capacity of the Commission to carry out its central purpose that required that the power to review interim rates be recognized.

The *Bell Canada* decision must also be distinguished from the instant case. Here, there is no conflict between the general purposes of the Board and the confinement of the exercise of the power to compel the production of documents to the circumstances of a formal hearing. First, the judicial aspect of the activities of the Board makes the requirement that it carry out its judicial functions so that all interested parties are present and able to present their positions to the Board entirely appropriate. Second, it has already been noted that there is no basis for the conclusion that the other activities of the Board are unduly impaired in such circumstances. The administrative aspect of the Board's activities does not necessitate a power to compel the production of documents. The structure of the provision which confirms the judicial character of the power in question also supports the limitation of the exercise of the power to the context of a formal hearing.

While the focus of this appeal has been on the scope of the powers conferred upon the Board pursuant to s. 118, there was an argument raised by the appellant but not supported by the Attorney General of Canada that the power to compel the

raisonnables, on a reconnu qu'un pouvoir d'ordonner un redressement existait. La question qui était au cœur de cette affaire était donc de savoir s'il fallait reconnaître l'existence d'un pouvoir du Conseil, qui s'il n'était pas reconnu, l'empêcherait de remplir son rôle principal qui était d'assurer que les taux exigés du public étaient justes et raisonnables. Si les taux provisoires ne pouvaient être révisés et si les modifications qui s'imposent ne pouvaient être apportées une fois que tous les renseignements pertinents sont disponibles, la fonction du Conseil de veiller à ce que les taux exigés soient équitables céderait, en fait, le pas à celle d'aider les organismes réglementés à éviter la détérioration financière. Une telle interprétation serait manifestement incompatible avec les dispositions de la loi applicable, dans leur ensemble et individuellement, ainsi qu'avec l'objet de cette loi. C'est afin de préserver la capacité du Conseil de réaliser son objectif principal que le pouvoir de réviser les taux provisoires devait être reconnu.

Il y a lieu de faire une distinction entre l'arrêt *Bell Canada* et la présente affaire. Il n'y a, en l'espèce, aucune contradiction entre les objectifs généraux du Conseil et le fait de limiter l'exercice du pouvoir d'exiger la production de documents au cadre d'une audience formelle. Premièrement, l'aspect judiciaire des activités du Conseil rend tout à fait appropriée l'exigence qu'il remplisse ses fonctions judiciaires de manière que toutes les parties intéressées soient présentes et puissent lui soumettre leur point de vue. Deuxièmement, j'ai déjà souligné que rien ne justifie de conclure que les autres activités du Conseil sont indûment compromises en pareilles circonstances. L'aspect administratif des activités du Conseil ne requiert pas le pouvoir d'exiger la production de documents. La structure de la disposition qui confirme la nature judiciaire du pouvoir en cause vient également appuyer la restriction de l'exercice de ce pouvoir au contexte d'une audience formelle.

Bien que le présent pourvoi ait été axé sur l'étendue des pouvoirs que l'art. 118 confère au Conseil, l'appelant a fait valoir, sans l'appui du procureur général du Canada à cet égard, que le pouvoir d'exiger la production de documents en

production of documents outside the context of a formal hearing might be properly founded on s. 121. For the reasons which have been outlined above, this argument cannot succeed. The power to compel the production of documents has been specially treated in the Code in s. 118(a), and the scope of the power must be understood in terms of the limits provided for there. Section 121 is a general provision which empowers the Board to make orders requiring compliance with the provisions of Part V of the Code. The broad nature of the provision is such that its operation cannot be understood in the abstract. It is, instead, governed by the principles referred to above as was outlined by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, *supra*.

#### VI — Conclusions

The extent of the power granted by s. 118(a) of the Code appears from the plain meaning of the words of the provision. The Board may exercise its power to compel the production of documents only in the context of a formal hearing. This conclusion is supported also by the fact that the nature of the power is coercive, and that the limits on its exercise must be respected. The fact that the power is also judicial in character makes extension of its application to an administrative context, one which would require clear words to that effect. The structure of the provision makes the power to compel the production of documents a part of a complete process which is limited to a formal hearing to which witnesses may be summoned and where they may give evidence on oath. The scope of s. 118(a) cannot be enlarged by means of reference to s. 118(f), which is permissive in nature. Similarly, the presence of broader provisions cannot here operate to allow the special limits imposed on powers such as this to be disregarded. As there is no basis for the conclusion that such a confinement of the power would be inconsistent with the purposes of the Board, when its administrative and judicial functions are considered, the power which is conferred on the Board by s. 118(a) is a power to require witnesses to attend a proceeding before the Board and there to give oral or written testimony and produce documents deemed requisite. In these circumstances, the powers conferred on the

dehors du cadre d'une audience formelle pourrait se fonder à bon droit sur l'art. 121. Pour les motifs énoncés précédemment, cet argument ne saurait être retenu. Le pouvoir d'exiger la production de documents est expressément prévu à l'al. 118(a) du Code et l'étendue de ce pouvoir doit être interprétée en fonction des restrictions que prévoit cette disposition. L'article 121 est une disposition d'application générale qui habilite le Conseil à rendre des ordonnances de se conformer aux dispositions de la partie V du Code. La nature générale de cette disposition est telle qu'on ne peut en saisir l'application de manière abstraite. Elle est plutôt régie par les principes mentionnés plus haut que le juge Beetz a exposés dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, précité.

#### VI — Conclusions

L'étendue du pouvoir conféré par l'al. 118(a) du Code ressort du sens clair du texte de la disposition. Le Conseil ne peut exercer son pouvoir d'exiger la production de documents que dans le cadre d'une audience formelle. Cette conclusion s'appuie également sur le fait qu'il s'agit d'un pouvoir de nature coercitive et que les restrictions à son exercice doivent être respectées. Comme ce pouvoir est également de nature judiciaire, la possibilité de l'exercer dans un contexte administratif devrait être exprimée en des termes clairs. En raison de la structure de la disposition, le pouvoir d'exiger la production de documents fait partie d'un processus complet auquel on ne peut recourir que dans le cadre d'une audience formelle à laquelle des témoins peuvent être assignés et où ils peuvent déposer sous serment. On ne saurait élargir la portée de l'al. 118(a) par renvoi à l'al. 118(f) qui est de nature facultative. De même, l'existence de dispositions plus générales ne peut permettre, en l'espèce, d'ignorer les restrictions particulières imposées à des pouvoirs comme celui-ci. Comme rien ne permet de conclure qu'une telle restriction du pouvoir serait incompatible avec les objectifs du Conseil, sur le plan de ses fonctions administratives et judiciaires, le pouvoir conféré à l'al. 118(a) permet au Conseil d'assigner des témoins à une procédure devant lui, pour qu'ils témoignent oralement ou par écrit et qu'ils produisent les documents jugés nécessaires. Dans ces circonstances,

Board by ss. 118(a) and 121 do not include a power to compel the production of documents outside the context of a formal hearing.

As the respondents declined taking any part in this appeal, whereupon an *amicus curiae* was appointed by the Court and costs have not been requested, no order for costs will be made.

## VII — Disposition

The appeal is, therefore, dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the advantage of reading my colleague Gonthier J.'s reasons and, with all due respect, I do not share his views. For reasons which follow, I consider that, when the Canada Labour Relations Board directs that written testimony and documents be filed pursuant to s. 118(a) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (now s. 16 of R.S.C., 1985, c. L-2), the exercise of that power is not subject to any duty to hold a *viva voce* hearing.

## I — Facts

For a better understanding of the issues involved in this case, it is worth taking a closer look at the facts out of which the case at bar arose.

On September 11, 1986, the Canadian Air Line Pilots Association ("CALPA") filed with the Canada Labour Relations Board (the "Board") applications pursuant to ss. 119, 133 and 144 of the Code. These applications related to several airlines, including the respondent Nolisair International Inc. The applications sought to bring about a grouping of various corporate entities to which the concept of a single employer mentioned in s. 133 should be applied, or alternatively, a ruling that a series of arrangements made between these corporations had the effect of concluding business sales within the meaning of s. 144.

les pouvoirs que confèrent au Conseil l'al. 118a) et l'art. 121 ne comprennent pas celui d'exiger la production de documents en dehors du cadre d'une audience formelle.

Étant donné que les parties intimées ont refusé de participer au présent pourvoi, ce qui a amené la Cour à nommer un *amicus curiae*, et que des dépens n'ont pas été demandés, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

## VII — Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Gonthier et, en toute déférence, je ne partage pas son avis. Pour les raisons qui suivent, j'estime que, lorsque le Conseil canadien des relations du travail ordonne le dépôt de témoignages écrits et de documents en vertu de l'al. 118a) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 (maintenant l'art. 16 des L.R.C. (1985), ch. L-2), l'exercice de ce pouvoir n'est assujéti à aucune obligation de tenir une audition *viva voce*.

## I — Faits

Pour une meilleure compréhension des enjeux ici en cause, il est utile de considérer de façon plus détaillée les faits à l'origine de la présente affaire.

Le 11 septembre 1986, l'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes («ACPLA») dépose auprès du Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil») des requêtes en vertu des art. 119, 133 et 144 du Code. Ces requêtes visent plusieurs compagnies aériennes, dont l'intimée Nolisair International Inc. Les requêtes ont pour objet d'opérer un regroupement des diverses entités corporatives auquel doit s'appliquer la notion d'employeur unique visée par l'art. 133 ou, subsidiairement, de faire reconnaître qu'une série d'arrangements intervenus entre ces sociétés ont eu pour effet de réaliser des ventes d'entreprise au sens de l'art. 144.

On December 10, 1986, the Board sent to the parties a letter summoning them to a hearing beginning on February 3, 1987. This notice also asked the parties to provide the hearing with "any document submitted as evidence which has not been previously filed with the Board". On January 6, 1987 Nolisair International Inc. submitted its answer to the applications by CALPA to the Board and requested CALPA to produce certain documents and particulars.

On January 14, 1987, to complete his inquiry, the labour relations officer responsible for the matter sent a specific request for information and the filing of documents to various employers concerned by the applications of CALPA. On January 27, 1987, in order to give them an opportunity to discuss a possible settlement, the Board told the parties that the hearings set to begin on February 3, 1987 had been postponed to a later date and asked to be informed in writing before February 27, 1987 of the result of their discussions.

On April 7, 1987, after negotiations broke down, the Board summoned the parties to a preparatory meeting to be held on April 28, 1987 to work out how subsequent hearings would be held. On April 13, 1987, prior to this preparatory meeting, the labour relations officer responsible for the matter asked counsel for the employers mentioned in the CALPA applications, to provide him, by April 23, 1987, with a number of different items of information and documents to complete his inquiry. The officer referred to information and documents requested on January 14, 1987, which had not yet been supplied. On April 22, 1987, counsel for Nolisair International Inc. sent to the Board certain information and documents requested in the letter of April 13.

On April 28, 1987, as scheduled, the Board held a preparatory meeting in the presence of all parties concerned to discuss and resolve certain procedural questions, including one relating to the filing of documents. The Vice-Chairman of the Board, Mr. Serge Brault, told the parties of the approach he intended to take and, at the same time, pointed out that the Board intended to follow its usual proce-

Le 10 décembre 1986, le Conseil adresse aux parties une lettre par laquelle il les convoque à une audience débutant le 3 février 1987. Cet avis demande également aux parties de fournir à l'audience «tout document devant être présenté comme preuve et qui n'a pas déjà été déposé auprès du Conseil». Le 6 janvier 1987, Nolisair International Inc. dépose sa réponse aux demandes de l'ACPLA auprès du Conseil et réclame que l'ACPLA produise certains documents et précisions.

Le 14 janvier 1987, dans le but de compléter son enquête, l'agent des relations de travail responsable du dossier fait parvenir une demande précise d'informations et de production de documents à certains employeurs visés par les demandes de l'ACPLA. Le 27 janvier 1987, afin de leur donner l'occasion de discuter d'un règlement possible, le Conseil informe les parties que les audiences devant débuter le 3 février 1987 sont remises à une date ultérieure et leur demande de l'informer par écrit, avant le 27 février 1987, du résultat de leurs discussions.

Le 7 avril 1987, vu l'échec des discussions, le Conseil convoque les parties à une conférence préparatoire à être tenue le 28 avril 1987 en vue de préciser le déroulement des audiences ultérieures. Le 13 avril 1987, en prévision de cette conférence préparatoire, l'agent des relations de travail responsable du dossier demande aux procureurs des employeurs visés par les requêtes de l'ACPLA de lui fournir, pour le 23 avril 1987, un certain nombre de renseignements et de documents dans le but de compléter son enquête. L'agent se réfère aux informations et documents demandés le 14 janvier 1987, non encore fournis. Le 22 avril 1987, le procureur de Nolisair International Inc. transmet au Conseil certaines informations et documents requis dans la lettre du 13 avril.

Le 28 avril 1987, le Conseil tient, comme prévu, une conférence préparatoire en présence de toutes les parties concernées en vue de discuter et de régler certaines questions procédurales, dont celle reliée à la production de documents. Le vice-président du Conseil, M<sup>e</sup> Serge Brault, informe les parties de la démarche qu'il entend suivre et souligne, par la même occasion, que l'intention du Conseil

ture in dealing with applications of this kind. He noted that the Board's objective would be to report to the parties concerned by mid-June.

On June 18, 1987, the Board informed the parties that it would hold a single inquiry and a single hearing on all questions raised in the CALPA applications. Though it ruled out holding hearings before the week of September 14, 1987, it informed them of its intention to complete its inquiry and file its report by July 31, 1987 at the latest. On the same date, the labour relations officer responsible for the matter sent to all employers new requests for information and documents to be submitted by July 10, 1987 at the latest. The officer also requested that the accuracy of the information sought be certified by affidavit from an authorized person.

On July 2, 7 and 8, 1987, the parties concerned by these new requests refused to comply: their main argument was that the labour relations officer and the Board lacked jurisdiction. On July 13, 1987, following this refusal, a three-member panel of the Board issued the following order to produce documents and written testimony based on ss. 118(a) and (f) and 121 of the Code:

WHEREAS the Canada Labour Relations Board has received applications pursuant to sections 119, 133 and 144 of the *Canada Labour Code* (Part V — Industrial Relations);

WHEREAS the Board through Serge Quesnel, Labour Relations Officer and Gérard Legault, Director of Operational Services and Registrar, requested information and documents from certain of the respondents and/or interveners and/or interested parties in letters dated June 18, 1987;

WHEREAS the respondents and/or interveners and/or interested parties have neglected or refused to provide the relevant information and documents by July 10, 1987 as requested in the letters of June 18, 1987;

WHEREAS it is requisite for the Board to obtain the information and/or documents requested for the full

est de suivre sa procédure habituelle dans le cadre des demandes de cette nature. Il note que l'objectif du Conseil est de faire rapport aux parties concernées à la mi-juin.

Le 18 juin 1987, le Conseil informe les parties qu'il tiendra une seule enquête et une seule audience sur toutes les questions soulevées par les demandes de l'ACPLA. Tout en écartant la tenue d'audiences avant la semaine du 14 septembre 1987, il les avise de son intention de compléter son enquête et de produire un rapport au plus tard le 31 juillet 1987. À la même date, l'agent des relations de travail responsable du dossier fait parvenir à tous les employeurs de nouvelles demandes d'informations et de documents, à être remis au plus tard le 10 juillet 1987. L'agent demande également que l'exactitude des renseignements demandés soit attestée par un affidavit émanant d'une personne autorisée.

Les 2, 7 et 8 juillet 1987, les parties visées par ces nouvelles demandes refusent d'y donner suite en invoquant principalement l'absence de juridiction de l'agent des relations de travail et du Conseil. Le 13 juillet 1987, suite à ce refus, un banc du Conseil composé de trois membres émet l'ordonnance suivante de production de documents et de témoignages écrits en s'appuyant sur les al. 118(a) et f) et l'art. 121 du Code:

ATTENDU QUE le Conseil canadien des relations du travail a reçu des requêtes en vertu des articles 119, 133 et 144 du *Code canadien du travail* (Partie V - Relations industrielles);

ATTENDU QUE le Conseil par l'entremise de Serge Quesnel, Agent des relations du travail, et Gérard Legault, Directeur des Services opérationnels et Gref-fier, a demandé dans des lettres en date du 18 juin 1987 à certains intimés et (ou) intervenants et (ou) parties intéressées de lui fournir des renseignements et documents;

ATTENDU QUE les intimés et (ou) intervenants et (ou) parties intéressées ont négligé ou refusé de fournir les renseignements et documents pertinents au 10 juillet 1987 comme on l'avait exigé dans les lettres du 18 juin 1987;

ATTENDU QUE le Conseil estime ces renseignements et documents nécessaires à une investigation et

investigation and consideration of the matters before it, in order to permit it to discharge its responsibilities under the *Code*;

NOW, THEREFORE the Board, pursuant to the powers conferred on it by sections 118 and 121 of the *Canada Labour Code* and in particular, but without limiting the generality of section 118, by subsections (a) and (f) of that section, hereby ORDERS:

- 1) Canadian Pacific Airlines Ltd.
- 2) les Lignes aériennes A + (Nordair Métro)
- 3) Nordair Inc.
- 4) Québecair
- 5) Québec Aviation Ltée (Québecair Inter)
- 6) Conifair Inc.
- 7) Gestion Conifair Inc.
- 8) Eastern Provincial Airways Ltd.
- 9) Nolisair International Inc. (Nationair)

to file with the Board by July 31st, 1987, the information and documents listed under their respective names in Appendix "A" which forms an integral part of this Order. . . . [Emphasis in original.]

In a letter-decision dated July 15, 1987, the Board justified this order on the basis of ss. 118 and 121 of the *Code* as well as the context in which its inquiries were taking place.

On July 20 and 23, the employers mentioned in the order filed with the Federal Court of Appeal an application for judicial review pursuant to s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.).

On July 30, 1987, they also filed with the Board applications to review and stay the order pursuant to s. 119 of the *Code*. On August 13, 1987 CALPA requested the Board to file its order of July 13 with the Registry of the Federal Court pursuant to s. 123 of the *Code*, so as to ensure its compulsory execution. These two applications are still pending before the Board.

une étude complète des questions dont il est saisi, afin de s'acquitter de ses responsabilités en vertu du *Code*;

EN CONSÉQUENCE, le Conseil, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 118 et 121 du *Code canadien du travail* et plus précisément, mais sans restreindre la portée générale de l'article 118, par les alinéas a) et f) de cet article,

*b* ORDONNE par les présentes que:

- 1) les Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée
- 2) les Lignes aériennes A+ (Nordair Métro)
- 3) Nordair Inc.
- 4) Québecair
- 5) Québec Aviation Ltée (Québecair Inter)
- 6) Conifair Inc.
- 7) Gestion Conifair Inc.
- 8) Eastern Provincial Airways Ltd.
- 9) Nolisair International Inc. (Nationair)

*e* déposent auprès du Conseil d'ici le 31 juillet 1987 les renseignements et les documents énumérés en regard de leur nom respectifs à l'Annexe «a» qui fait partie intégrante de la présente ordonnance . . . [Souligné dans l'original.]

*f* Dans une lettre-décision datée du 15 juillet 1987, le Conseil justifie cette ordonnance sur la base des art. 118 et 121 du *Code* ainsi que le contexte dans lequel se déroulent ses enquêtes.

*g* En date du 20 et 23 juillet, les employeurs visés par l'ordonnance déposent auprès de la Cour d'appel fédérale les demandes en révision judiciaire en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.).

*i* Le 30 juillet 1987, ceux-ci logent également des requêtes en révision et en sursis de celle-ci auprès du Conseil en vertu de l'art. 119 du *Code*. Le 13 août 1987, l'ACPLA s'adresse au Conseil afin qu'il dépose son ordonnance du 13 juillet au greffe de la Cour fédérale en vertu de l'art. 123 du *Code* et ce, aux fins d'en assurer l'exécution forcée. Ces deux requêtes sont toujours pendantes devant le Conseil.



On March 22, 1989, the Federal Court of Appeal allowed the applications for judicial review filed by the employers under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*: (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384. *Per* Marceau J.A., it unanimously struck down the Board's order on the ground that the latter did not have the power to issue the order under s. 118(a) of the Code without holding a formal hearing. Pratte J.A., with whom Desjardins J.A. concurred, gave an additional reason. In his view, the order was directed against business corporations and, according to *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, such artificial persons could not be "witnesses".

## II — Issue

The only issue before this Court concerns the way in which the Board may exercise its power to compel the filing of written testimony and documents. In particular, the Court must interpret s. 118(a) of the Code in order to decide whether the Board's power to require that written testimony and documents be filed is only available as part of a *viva voce* hearing.

## III — Analysis

The power to compel the filing of documents and written testimony is set out in s. 118(a) of the Code, which reads as follows:

118. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Board deems requisite to the full investigation and consideration of any matter within its jurisdiction that is before the Board in the proceeding;

The issue is therefore not whether the Board is vested with the power to require the filing of documents and written examinations. This power is expressly covered by the above provision. The question is rather whether this power is available only in the course of a *viva voce* hearing. Though the Board also referred to ss. 118(f) and 121 in support of its order, it is the interpretation of s.

Le 22 mars 1989, la Cour d'appel fédérale accueille les demandes en révision judiciaire logées par les employeurs en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*: (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384. Elle annule à l'unanimité, par la voix du juge Marceau, l'ordonnance du Conseil au motif que ce dernier n'avait pas le pouvoir d'émettre d'ordonnance en vertu de l'al. 118(a) du Code en l'absence d'audience formelle. Le juge Pratte, à l'opinion duquel souscrit le juge Desjardins, ajoute un motif additionnel. Selon lui, l'ordonnance étant dirigée contre des sociétés commerciales, ces personnes morales ne pouvaient être des «témoins» suivant l'arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21.

## II — Question en litige

La seule question en litige devant nous concerne les modalités d'exercice du pouvoir du Conseil de contraindre la production de témoignages écrits et de documents. Plus particulièrement, il s'agit d'interpréter l'al. 118(a) du Code afin de décider si le pouvoir du Conseil de requérir la production de témoignages écrits et de documents n'est disponible que dans le cadre d'une audition *viva voce*.

## III — Analyse

Le pouvoir de contraindre la production de documents et de témoignages écrits est prévu à l'al. 118(a) du Code, qui se lit ainsi:

118. Le Conseil a, relativement à toute procédure engagée devant lui, pouvoir

a) de convoquer des témoins, d'en assurer la comparution, de les obliger à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, et à produire les documents et pièces qu'il estime nécessaires à une investigation et étude complète de toute question relevant de sa compétence dont il est saisi en l'espèce;

La question en litige ne consiste donc pas à déterminer si le Conseil est investi ou non du pouvoir de requérir la production de documents et d'interrogatoires écrits. Le Code le prévoit expressément à la disposition précitée. Il s'agit, plutôt, de décider si ce pouvoir est uniquement disponible dans le cadre d'une audition *viva voce*. Quoique le Conseil ait également cité l'al. 118(f) ainsi que l'art.

118(a) which is central to the appeal at bar. In these circumstances, it must be determined at the outset what standard of review is applicable to the Board's order.

(A) *Applicable Standard of Review*

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, Beetz J. discussed the concept of jurisdictional error in the context of the Code itself (at p. 438):

In my opinion it cannot be said that the only jurisdictional error is one affecting the initial jurisdiction, jurisdiction *ratione materiae*, or attributive jurisdiction of an administrative tribunal initiating a hearing. . . .

It seems to me that if jurisdictional error includes error as to the initial jurisdiction of an administrative tribunal initiating a hearing and its power to resolve by a declaration the question submitted to it, *a fortiori* it covers provisions which confer on it the power to add to its final decision orders arising out of the hearing and intended to give effect to its declarations by injunctions and other means of redress such as those in paras. (a) to (d) of s. 182.

On the powers of investigation conferred by s. 118, Beetz J. went on to say:

The same is generally true, in my view, for errors relating to the executory, if not declaratory, powers which the Board exercises during a hearing, like that of questioning witnesses, requiring the production of documents, entering an employer's premises and so on, conferred on it by s. 118 of the Code.

Additionally, in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. clarified the meaning of jurisdiction in a judicial review situation (at p. 1090):

Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal's capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S. A. de Smith points out, the tribunal's decision on a

121 à l'appui de son ordonnance, seul l'al. 118a), dont l'interprétation est au cœur du présent pourvoi, est véritablement en cause. Dans ces conditions, il convient de déterminer, dès le départ, la norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Conseil.

A) *La norme de contrôle applicable*

Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, le juge Beetz s'est penché sur le concept d'erreur juridictionnelle précisément dans le cadre du Code (à la p. 438):

Est erronée à mon avis la prétention selon laquelle seule peut constituer une erreur juridictionnelle celle qui porte sur la compétence initiale, ou compétence *ratione materiae*, ou compétence d'attribution d'un tribunal administratif qui ouvre une enquête . . .

Il me paraît que si l'erreur juridictionnelle comprend celle qui porte sur la compétence initiale d'un tribunal administratif qui ouvre une enquête et sur son pouvoir de trancher par voie de déclaration la question qui lui est soumise, à fortiori s'étend-elle aux dispositions qui lui attribuent le pouvoir d'ajouter à sa décision finale des ordonnances destinées à donner suite à son enquête et à rendre des déclarations efficaces par des injonctions et autres mesures de redressement comme celles des al. a) à d) de l'art. 182.

Au sujet des pouvoirs d'enquête prévus à l'art. 118, le juge Beetz a poursuivi:

Il en va généralement de même à mon avis pour les erreurs portant sur les pouvoirs exécutoires sinon déclaratoires que le Conseil exerce en cours d'enquête comme celui d'interroger des témoins, d'exiger la production de documents, de pénétrer dans les locaux d'un employeur, etc., que lui confère l'art. 118 du Code.

Par ailleurs, dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz est venu préciser le sens de la notion de compétence dans le cadre du contrôle judiciaire (à la p. 1090):

La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L'importance d'un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l'obligation du tribunal de traiter d'une question, mais au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A.

question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. . . . The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any. [Emphasis added.]

In the view of Beetz J., in order to adequately discuss the question "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?", a court of law (at p. 1088)

examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

Before concluding that the standard of review applicable in this case is the correctness of the Board's interpretation, therefore, there must be a functional analysis, however brief, of what Parliament intended. As La Forest J. noted in the recent case of *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 258:

Cases decided under the old paradigm remain relevant, but must now be examined in the light of the "pragmatic and functional approach" to judicial review since adopted by this Court; see *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*, *supra*, at p. 1095.

A functional analysis of the relevant sections of the Code discloses that Parliament did not intend to give the Board the exclusive power of making a final ruling on the point at issue in the present case.

The Board's jurisdiction is concerned primarily with the application of Part V of the Code, and it has an especially important part to play in connection with the acquisition and extinction of bargaining rights and the exercise of rights to strike and lock out. *Inter alia*, the Board is empowered to decide applications for certification by bargaining agents (s. 124), determine appropriate bargaining units (s. 125), order votes to be taken to determine whether a given union is representative (s. 127),

de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. [ . . . ] Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est. [Je souligne.]

Selon le juge Beetz, afin d'aborder adéquatement la question «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?», une cour de justice (à la p. 1088)

examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

Avant de conclure que la norme de contrôle ici applicable est la justesse de l'interprétation du Conseil, il convient donc de procéder à une analyse fonctionnelle, si brève soit-elle, de l'intention du législateur. Comme l'a souligné le juge La Forest dans le récent arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la p. 258:

Les arrêts rendus suivant l'ancien paradigme demeurent pertinents, mais ils doivent maintenant être examinés en fonction de la façon «pragmatique et fonctionnelle» d'aborder le contrôle judiciaire que notre Cour a depuis lors adoptée; voir *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, à la p. 1095.

Une analyse fonctionnelle des articles pertinents du Code révèle que le législateur n'avait pas l'intention de laisser au Conseil le pouvoir exclusif de se prononcer, de manière définitive, sur la question ici en jeu.

La compétence du Conseil porte principalement sur l'application de la partie V du Code et son rôle est particulièrement important dans les domaines de l'acquisition et de l'extinction des droits de négociation ainsi que l'exercice des droits de grève et de lock-out. Le Conseil est, notamment, habilité à adjuger sur les demandes d'accréditation d'agents négociateurs (art. 124), à déterminer les unités de négociation habiles à négocier (art. 125), à ordonner la tenue de scrutins afin de vérifier la

identify employees who have the right to vote (s. 128), declare votes to be void (s. 129), deny certification to a union dominated by the employer (s. 134) and revoke any certification (ss. 137 to 140). The Board is further empowered to declare associated or related federal works, undertakings or businesses operated by two or more employers to be a single employer and work, undertaking or business (s. 133), and where businesses are sold or merged, to determine units appropriate for collective bargaining and the bargaining agent for those units (s. 144). The jurisdiction conferred on it under the latter two provisions is the source of the applications concerned in the appeal at bar.

In order to carry out its mandate, wide powers of investigation and adjudication are vested in the Board. In addition to the power it has under s. 118(a), the Board is empowered to administer oaths and affirmations (s. 118(b)), to receive and accept evidence and information, whether admissible in a court of law or not (s. 118(c)), make such examination of records and such inquiries as it deems necessary (s. 118(f)), enter the premises of an employer to interrogate any person respecting any matter that is before the Board (s. 118(h)), adjourn or postpone any proceeding (s. 118(l)) and decide any question that may arise in connection with Part V of the Code in any proceeding begun before it (s. 118(p)). These considerable powers are accompanied by that of reviewing, rescinding, amending, altering or varying its own orders (s. 119) and making regulations of general application respecting its own procedure (s. 117).

Several provisions are designed to ensure that Board decisions will be effective. They may be filed in the Registry of the Federal Court of Canada and such filing makes them executory as if they were judgments of that Court (s. 123). Decisions and orders of the Board are furthermore protected by a sweeping privative clause (s. 122):

représentativité d'un syndicat donné (art. 127), à identifier les employés qui ont le droit de voter (art. 128), à annuler un scrutin (art. 129), à refuser l'accréditation à un syndicat dominé par l'employeur (art. 134) et à révoquer toute accréditation (art. 137 à 140). Le Conseil est, en outre, habilité à déclarer «entreprise et employeur unique» des entreprises fédérales associées ou connexes, exploitées par deux employeurs ou plus (art. 133) et, en cas de vente ou de fusions d'entreprises, à déterminer les unités habiles à négocier collectivement ainsi que l'agent négociateur de ces mêmes unités (art. 144). La compétence qui lui est conférée en vertu de ces deux dernières dispositions sont à l'origine des requêtes dans le cadre du présent pourvoi.

Afin de réaliser son mandat, le Conseil est investi de vastes pouvoirs d'enquête et d'adjudication. Outre celui qu'il détient en vertu de l'al. 118(a), le Conseil est habilité à recevoir des serments et affirmations solennelles (al. 118(b)), à recevoir et à admettre des preuves et renseignements, que ceux-ci soient admissibles ou non devant une cour de justice (al. 118(c)), à procéder à l'examen de dossiers ou registres et aux enquêtes qu'il juge nécessaires (al. 118(f)), à pénétrer dans le local d'un employeur aux fins d'y interroger toute personne sur toute question dont le Conseil peut être saisi (al. 118(h)), à ajourner ou différer toute procédure (al. 118(l)) et à trancher toute question qui peut se poser en rapport avec la partie V du Code à l'occasion d'une procédure engagée devant lui (al. 118(p)). À ces pouvoirs significatifs s'ajoute celui de réviser, annuler ou modifier ses propres ordonnances (art. 119) et le pouvoir d'établir des règlements d'application générale concernant sa propre procédure (art. 117).

Plusieurs dispositions ont pour objet d'assurer l'efficacité des décisions du Conseil. Celles-ci peuvent être déposées au greffe de la Cour fédérale du Canada et ce dépôt les rend exécutoires comme s'il s'agissait de jugements de cette cour (art. 123). Les décisions et les ordonnances du Conseil sont, de surcroît, protégées par une clause privative de large portée (art. 122):

122. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with paragraph 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall be

(a) questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

On the other hand, the nature of the problem here in question is decisive as to the applicable standard of review. To issue the order which is the subject of this appeal, the Board did not have to decide a question central to its field of expertise, such as determining the conditions for the application of ss. 133 or 144 of the Code. The power conferred by s. 118(a) belongs not only to the Board, but also to other administrative bodies which are distinct for the purposes of applying the Code (ss. 61.5, 157 and 175). The problem at issue here is not, strictly speaking, one of industrial relations or labour law, which falls within the exclusive jurisdiction of the Board and, accordingly, within its special field of expertise. The question, rather, is to define the means of exercising the power conferred by s. 118(a). As the determination of this question is not within the Board's jurisdiction *stricto sensu*, the standard of review applicable here, and one with which my colleague Gonthier J. agrees, is whether its interpretation is correct rather than whether it is patently unreasonable.

A conclusion that the order of an administrative tribunal is subject to a strict standard of judicial review does not, however, mean that a limiting or

122. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, toute ordonnance ou décision du Conseil est définitive et ne peut être remise en question devant un tribunal ni révisée par un tribunal, si ce n'est conformément à l'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(2) Sauf dans la mesure où le paragraphe (1) le permet, aucune ordonnance, décision ou procédure du Conseil faite ou prise en vertu de l'autorité réelle ou présumée des dispositions de la présente Partie

a) ne peuvent être mises en question, révisées, interdites ou restreintes, ou

b) ne peuvent faire l'objet de procédures devant un tribunal soit sous la forme d'injonction, *certiorari*, prohibition ou *quo warranto*, soit autrement,

pour quelque motif y compris celui qu'elles outrepassent la juridiction du Conseil ou qu'au cours des procédures le Conseil a outrepassé ou perdu sa juridiction.

En revanche, la nature du problème ici posé est déterminante aux fins de la norme de contrôle applicable. Pour émettre l'ordonnance qui fait l'objet du présent pourvoi, le Conseil n'avait pas à trancher une question au cœur de son domaine d'expertise, comme, par exemple, la détermination des conditions d'application des art. 133 ou 144 du Code. Le pouvoir prévu à l'al. 118a) appartient non seulement au Conseil, mais également à d'autres instances administratives qui sont distinctes aux fins de l'application du Code (art. 61.5, 157 et 175). Le problème dont il est ici question ne relève pas des relations industrielles ou du droit de travail au sens strict, qui s'insère dans la compétence exclusive du Conseil et, par là, dans le champ d'expertise qui lui est propre. Il s'agit, plutôt, de cerner la modalité d'exercice du pouvoir conféré par l'al. 118a). La détermination de cette question ne relevant pas de la compétence *stricto sensu* du Conseil, la norme de contrôle ici applicable, et celle que retient mon collègue Gonthier, est la justesse plutôt que le caractère manifestement déraisonnable de son interprétation.

Une conclusion à l'effet que l'ordonnance d'un tribunal administratif est assujettie à une norme de contrôle judiciaire stricte ne signifie pas, cepen-

literal interpretation necessarily governs the way in which powers conferred by its enabling Act should be read. The Code, and in particular s. 118(a), should be interpreted in light of all the rules of statutory interpretation, among which the context plays an important part. The pragmatic and functional approach referred to above is the very opposite of a textual and formalistic approach. The analysis of s. 118(a) by my colleague Gonthier J. begins and is primarily concerned with a literal and grammatical interpretation. I definitely cannot agree with such an interpretation, which, in my view, is not appropriate in light of the provision at issue and the ambiguity it contains, a matter which I will discuss later in my reasons. This is why it is most important to consider the context at issue here.

(B) *Legislative Context and Section 118(a)*

First, there is no question in my mind that the intent of Parliament was to give the Board complete control over its own procedure. Accordingly, it is not contested that neither the Code nor the Regulations adopted thereunder impose on the Board any duty to hold a *viva voce* hearing (see *Durham Transport Inc. v. International Brotherhood of Teamsters* (1977), 21 N.R. 20 (F.C.A.), and *Canadian Arsenal Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393 (C.A.)). Under its regulatory authority conferred by s. 117, the Board has adopted the *Canada Labour Relations Board Regulations, 1978*, SOR/78-499 (since replaced by SOR/91-622). Section 19 of the Regulations stated that the Board could dispose of any application without a hearing, notwithstanding the filing of a request therefor by a party:

19. (1) Any party may request a hearing to be held by filing a request therefor in writing, stating the circumstances that the party considers warrants the holding of the hearing.

(2) The Board may hold such hearings as it deems advisable and may dispose of any application without a hearing notwithstanding the filing of a request therefor pursuant to paragraph 15(e) or subsection (1).

dant, qu'une interprétation restrictive ou littérale gouverne nécessairement la lecture des pouvoirs qui lui sont conférés par sa loi constitutive. Le Code, et l'al. 118a) en particulier, se doivent d'être interprétés à la lumière de tous les principes d'interprétation des lois, parmi lesquels le contexte joue un rôle important. La démarche pragmatique et fonctionnelle exposée ci-avant se situe aux antipodes d'une approche qui se voudrait textuelle et formaliste. L'analyse de l'al. 118a) effectuée par mon collègue, le juge Gonthier, débute par et est centrée sur une interprétation littérale et grammaticale. Je ne saurais être d'accord avec un tel mode d'interprétation qui, à mon avis, n'est pas approprié compte tenu de la disposition en jeu et de l'ambiguïté qu'elle comporte, dont je fais état plus loin dans mes motifs. C'est donc dans cet esprit qu'il convient, avant tout, de faire état du contexte dont il est ici question.

B) *Le contexte législatif et l'al. 118a)*

D'une part, il m'apparaît incontestable que l'intention du législateur était de rendre le Conseil maître de sa propre procédure. Ainsi, il n'est pas contesté qu'aucune obligation de tenir une audience *viva voce* ne lui est imposée par le Code ou les règlements adoptés sous son empire (voir *Durham Transport Inc. c. Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs* (1977), 21 N.R. 20 (C.A.F.), et *Arsenaux Canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393 (C.A.)). En marge de son pouvoir réglementaire prévu à l'art. 117, le Conseil a adopté le *Règlement du Conseil canadien des relations du travail* (1978), DORS/78-499 (remplacé depuis par DORS/91-622). L'article 19 de ce règlement précisait que celui-ci pouvait statuer sur toute demande sans audition, nonobstant une requête à cet effet de la part d'une partie:

19. (1) Toute partie peut demander la tenue d'une audition en présentant une requête écrite exposant les circonstances qui la justifient.

(2) Le Conseil peut tenir les auditions qu'il juge opportunes et peut statuer sur une demande sans audition nonobstant le dépôt d'une requête à cet effet, fait en vertu de l'alinéa 15e) ou du paragraphe (1).

This latitude also extends to the carrying out and enforcement of its own orders. Among the provisions designed to ensure that the Board's decisions will be effective, s. 123 provides that, at the request of a person affected thereby, its orders and decisions may be filed in the Registry of the Federal Court of Canada. The Board retains the right to deny such a request if it considers that there is no indication of failure or likelihood of failure to comply with the order or decision or that filing would serve no useful purpose (paras. (1)(a) and (1)(b)). Similarly, the Board has a right of supervision over the filing of any prosecution for an offence under Part V of the Code. Section 194 provides:

194. Except with the consent in writing of the Board, no prosecution shall be instituted in respect of an offence under this Part.

Finally, the principle that the Board has complete control over its own procedure is especially important in connection with the inquiries which its function mandates it to conduct. In matters concerning the acquisition and protection of bargaining rights, the Board's function enables it to intervene in ways which, in view of the complex nature of labour relations and industrial relations, must be both flexible and effective. As J. E. Dorsey has noted (*Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice* (1983), at pp. 87-88):

Of greatest importance in the Board's administrative approach to labour relations is its perception of itself as first and foremost a labour relations problem solver. It does not view its adjudicative and final decision-making authority as its primary function. It does not view itself as being court-like and, consequently, does not behave as a court is expected and required to function. The Board has adopted processes that are oriented to achieving labour relations goals rather than imitating court pretrial and trial procedures. [Emphasis added.]

In my view, unduly emphasizing the classification, judicial or quasi-judicial, of the power conferred by s. 118(a), as both the Court of Appeal

Cette latitude s'étend, d'autre part, à l'exécution et à la sanction de ses propres ordonnances. Parmi les dispositions qui ont pour objet d'assurer l'efficacité des décisions du Conseil, l'art. 123 prévoit que ses ordonnances et décisions peuvent être déposées, à la demande d'une personne concernée, au greffe de la Cour fédérale du Canada. Or, le Conseil conserve la faculté de refuser une telle demande s'il est d'avis que rien ne permet de croire à leur inobservation actuelle ou prévisible ou que le dépôt ne servirait aucune fin utile (al. (1)a) et (1)b)). De même, le Conseil possède un droit de regard sur le dépôt de toute poursuite pénale pour une infraction prévue à la partie V du Code. L'article 194 dispose:

194. Il ne peut être intenté de poursuites pour une infraction prévue par la présente Partie qu'avec le consentement écrit du Conseil.

Enfin, le principe voulant que le Conseil demeure maître de sa propre procédure est particulièrement important dans le cadre des enquêtes qu'il a pour mission de mener à terme. En matière d'acquisition et de protection des droits de négociation, le Conseil détient un rôle qui lui permet d'agir dans un cadre d'intervention qui, compte tenu de la nature complexe des relations de travail et des relations industrielles, se veut à la fois souple et efficace. Comme l'a souligné J. E. Dorsey (*Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice* (1983), aux pp. 87 et 88):

[TRADUCTION] Le Conseil se perçoit comme le tribunal de tout premier rang qui solutionne les problèmes de relations de travail; cette perception est de la plus grande importance pour son approche administrative face aux relations de travail. Pour lui, son pouvoir de rendre des décisions définitives n'est pas sa fonction première. Il ne se considère pas comme une cour de justice et, en conséquence, il ne se comporte pas comme le ferait ni comme est tenue de le faire une cour de justice. Le Conseil a adopté des procédures conçues pour réaliser des objectifs en matière de relations de travail et non pour calquer les procédures préparatoires à l'audition d'une cause et les procédures mêmes d'un procès. [Je souligne.]

Une trop forte insistance sur la qualification, ici de judiciaire ou de quasi judiciaire, du pouvoir conféré par l'al. 118a), comme tant la Cour d'ap-

and my colleague have, runs the risk of masking this special dimension of the Board's function and, in so doing, of bypassing the particular nature of its role. In *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, Gonthier J. himself observed that the classification of a given power should not *per se* be decisive (at p. 418):

One should beware of trying to pigeonhole the role of the Tribunal within a "judicial" or "administrative" model. This Court has since long warned of the dangers of relying on too tight a dichotomy between these models of decision (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at p. 325).

With respect, I cannot adopt my colleague's reasoning, since, in his interpretation of s. 118(a), he seems to rely heavily if not entirely on the classification of the power here at issue.

It is against this background that s. 118(a) must be considered. Marceau J.A. of the Federal Court of Appeal concluded his analysis of this provision as follows (at p. 267 N.R.):

In giving the Board this power to compel a person to testify and produce a document — a power to which it attached special importance, since it is one of the only powers it did not allow to be delegated (s. 118(k)) — Parliament expressed its intent in language that is too clear for anyone to think the power was not to be exercised solely within the framework of a formal hearing. It may be thought that such a limitation is without justification, but it is not for the Board, any more than for the Court, to dispense with it; and in any case, I doubt that the existing limitation is so pointless that it could be simply abolished. I think the case now before the Court is highly instructive in this regard. The Board does not have only an administrative function to perform: it from time to time must first interpret complex situations of fact and of law, and in so doing choose between opposing arguments in the manner of a court of law, an incidental function for which it has no special expertise and the consequences of which may go well beyond its proper sphere. That such inquisitorial proceedings should in such circumstances be accompanied by certain measures capable of ensuring that persons before it will be adequately protected against possible abuses seems to me to be if not necessary at least very reasonable.

pel que mon collègue le font, risque, à mes yeux, de masquer cette dimension propre à la mission du Conseil et d'éluider, par là, la spécificité de son rôle. Dans l'arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, le juge Gonthier lui-même a rappelé que la qualification d'un pouvoir donné ne saurait, en soi, être déterminante (à la p. 418):

Il faut se garder d'essayer de circonscrire le rôle du Tribunal dans un modèle «judiciaire» ou «administratif». Notre Cour a depuis longtemps mis en garde contre les dangers de se fonder sur une distinction trop stricte entre ces modèles de décision (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la p. 325).

Avec égards, je ne puis adopter le raisonnement de mon collègue qui semble s'appuyer fortement sinon entièrement sur la qualification du pouvoir en cause dans son interprétation de l'al. 118a).

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu de se pencher sur l'al. 118a). Le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale a conclu son analyse de cette disposition dans les termes suivants (à la p. 267 N.R.):

En accordant au Conseil ce pouvoir de contraindre une personne à témoigner et à produire un document — pouvoir auquel il attachait une importance toute spéciale puisqu'il est l'un des seuls dont il ne permettait pas la délégation (paragraphe 118k)) — le Parlement s'est exprimé en des termes trop clairs pour qu'on puisse penser qu'il n'en prévoyait pas l'exercice uniquement dans le cadre d'une audition formelle. Certains peuvent considérer cette limitation sans raison d'être, mais ce n'est pas le Conseil, pas plus que la Cour, qui pourrait la faire disparaître. Et d'ailleurs, je doute que le réserve actuelle soit si inutile qu'elle puisse être levée purement et simplement. Le cas qui est devant nous aujourd'hui me paraît à cet égard fort révélateur. Le Conseil n'a pas qu'un rôle administratif à jouer; il lui faut parfois interpréter préalablement des situations complexes de fait et de droit, et ce faisant départager des prétentions opposées à la manière d'une cour de justice, rôle incident pour lequel il n'a aucune expertise spéciale, et dont les répercussions peuvent aller bien au delà de son champ propre d'action. Que ces procédés inquisitoriaux soient, en ces circonstances, assortis de certaines mesures propres à assurer aux justiciables impliqués une protection convenable contre les abus possibles me semble,



This is not a matter of limiting the scope of the Board's investigations, simply of requiring that to secure the production of documents and testimony of witnesses it should only use the measures at its disposal to overcome the reticence of an individual in a manner which allows that individual to adequately present the reasons for his objections. [Emphasis added.]

This conclusion is twofold. First, Marceau J.A. expressed the view that there was no ambiguity as to Parliament's intent to make the exercise of power pursuant to s. 118(a) subject to a duty to hold a *viva voce* hearing. Second, he held that the procedural guarantees of the parties concerned required that this be done. I will examine these two aspects of his conclusion in turn.

#### 1. Legislative intent

The Federal Court of Appeal concluded that the exercise of the power contained in s. 118(a) could not be undertaken without holding a *viva voce* hearing, despite the fact that its wording expressly provides for compelling witnesses to submit written testimony. In order to explain this last expression, Marceau J.A. referred to the first Canadian statute of general application dealing with royal commissions, the *Act to empower Commissioners for inquiring into matters connected with the public business, to take evidence on oath*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., c. 38, and to s. 4 of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13. This expression, according to him, comes from the fact that the original statute was adopted at a time when the use of written testimony may have been preferable, and may even have been necessary, as there were no effective means of recording and reproduction.

Without commenting on the validity of this conclusion, I feel that it overlooks an important point. The Board's predecessor, the (old) Canada Labour Relations Board, had from 1952 to 1973 the "powers of commissioners under Part I of the *Inquiries Act*" (*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 160(5) (old)). Like the 1846 Act, s. 4 of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1952, c. 154, contained the words

sinon nécessaire, du moins fort raisonnable. Il n'est pas question de limiter le Conseil dans ses enquêtes, il est seulement question d'exiger que pour la production de documents et à la déposition de témoins, il ne puisse utiliser les mesures à sa disposition pour vaincre la réticence d'un justiciable que dans un cadre qui permette à ce dernier de faire valoir utilement les motifs à la base de ses objections. [Je souligne.]

Cette conclusion comporte deux volets. En premier lieu, le juge Marceau a estimé que l'intention du législateur d'assujettir l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 118a) à l'obligation de tenir une audience *viva voce* ne souffrait aucune ambiguïté. En second lieu, il a jugé que les garanties procédurales des parties intéressées commandaient une telle exigence. J'examinerai, tour à tour, les deux volets de cette conclusion.

#### d 1. L'intention du législateur

La Cour d'appel fédérale a conclu que l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 118a) ne pouvait se faire sans la tenue d'une audience *viva voce* et ce, malgré le fait que son libellé prévoit explicitement la possibilité d'obliger des témoins à rendre des témoignages écrits. Afin d'expliquer la présence de cette expression, le juge Marceau s'est référé à la première loi canadienne de portée générale sur les commissions d'enquête, l'*Acte pour autoriser les Commissaires chargés de s'enquérir de certaines matières qui concernent les affaires publiques, à recevoir les témoignages sous serment*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., ch. 38, ainsi qu'à l'art. 4 de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, ch. I-13. La présence de cette expression s'expliquerait, ainsi, par le fait que la loi d'origine fut adoptée à une époque où le recours au témoignage écrit pouvait s'avérer préférable, et même nécessaire, étant donné l'absence de moyens d'enregistrement et de reproduction efficaces.

Sans me prononcer sur le bien-fondé de cette conclusion, un constat important semble, à mes yeux, faire défaut. Certes, le prédécesseur du Conseil, le Conseil canadien des relations ouvrières, possédait, de 1952 à 1973, les «pouvoirs de commissaires sous le régime de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*» (*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, par. 160(5) (ancien)). Tout comme

“before them” before the word “witnesses”. Section 4 provided:

4. The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to give evidence on oath, or on solemn affirmation if they are persons entitled to affirm in civil matters, and orally or in writing, and to produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which they are appointed to examine. [Emphasis added.]

This reference to the *Inquiries Act* disappeared in 1973, the year in which the Board became an independent and non-representative tribunal responsible for administering Part V of the Code. While striking from the Code references to the *Inquiries Act*, Parliament ignored the formulation of s. 4 when it adopted s. 118(a) (*Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1972, c. 18, s. 1). It is significant that, at the time of this amendment, Parliament did not reproduce in s. 118(a) of the Code the words “before them” as used in s. 4 of the *Inquiries Act*: though the point is not decisive, nevertheless, given that, I cannot conclude, as the Federal Court of Appeal did, that there is no ambiguity as to the existence of a duty to hold a *viva voce* hearing pursuant to this paragraph. I am, therefore, quite unable to share the view taken by Gonthier J. when he argues that the meaning of s. 118(a) “is clear” (p. 735) and that the removal of the words “before them” is inconsequential. As Professor P.-A. Côté notes, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 89:

Modification of a legislative enactment may have a greater effect than first impressions might suggest. . . . Conversely, the meaning of a modification must be read in the context of the modified statute. [Emphasis added.]

The context must, therefore, be taken into account in interpreting s. 118(a), and, in particular, the procedural context.

Moreover, so far as I know, of all the enabling legislation for bodies performing administrative and quasi-judicial functions, only the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, confers a

la loi de 1846, l’art. 4 de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1952, ch. 154, contenait les mots «devant eux» avant le mot «témoins». L’article 4 disposait:

4. Les commissaires ont le pouvoir d’assigner devant eux tous témoins, et de leur enjoindre de rendre témoignage sous serment, ou par affirmation solennelle si ces personnes ont le droit d’affirmer en matière civile, oralement ou par écrit, et de produire les documents et choses qu’ils jugent nécessaires en vue d’une complète investigation des questions qu’ils sont chargés d’examiner. [Je souligne.]

Or, ce renvoi à la *Loi sur les enquêtes* disparaît en 1973, année où le Conseil devient un tribunal indépendant et non représentatif chargé d’administrer la partie V du Code. Tout en rayant du Code les références à la *Loi sur les enquêtes*, le législateur a ignoré la formulation de l’art. 4 lors de l’adoption de l’al. 118a (*Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1972, ch. 18, art. 1). Le fait que le législateur n’ait pas, à l’occasion de cette modification législative, reproduit à l’al. 118a) du Code les mots «devant eux» tels qu’utilisés à l’art. 4 de la *Loi sur les enquêtes* m’apparaît important: sans être décisif, ce constat m’interdit, néanmoins, de conclure, à l’instar de la Cour d’appel fédérale, que l’existence d’une obligation de tenir une audience *viva voce* dans le cadre de cet alinéa ne souffre aucune ambiguïté. Je ne saurais, par conséquent, partager l’avis du juge Gonthier, lorsqu’il prétend que le sens de l’al. 118a) «est clair» (p. 735) et que la suppression des mots «devant eux» n’a eu aucun effet. Comme le note le professeur P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 97 et 98:

La modification d’un texte législatif peut produire des effets plus importants qu’il n’y paraîtrait à première vue. [ . . . ] Inversement, le sens d’une modification doit se comprendre dans le contexte de la loi modifiée. [Je souligne.]

On tiendra donc compte du contexte dans l’interprétation de l’al. 118a), plus particulièrement du cadre procédural.

D’autre part, et à ma connaissance, parmi les lois constitutives d’organismes exerçant des fonctions administratives et quasi judiciaires, seule la *Loi canadienne sur les droits de la personne*,

power to compel the appearance of witnesses and filing of documents in language similar to s. 118(a) of the Code. Section 50(2) of that Act provides, however, that this power is conferred on the tribunal in relation to a hearing. That provision is as follows:

50. . . .

(2) In relation to a hearing under this Part, a Tribunal may

(a) in the same manner and to the same extent as a superior court of record, summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Tribunal deems requisite to the full hearing and consideration of the complaint;

(b) administer oaths; and

(c) receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Tribunal sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law. [Emphasis added.]

In my view, in order to conclude as the Federal Court of Appeal did, the words "*toute procédure engagée devant lui*" ("any proceeding before it") in the wording of s. 118 of the Code would have to be read as "*toute audience devant lui*". For my part, I cannot make such an inference. The *Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 1986) defines the word "*procédure*" as follows (t. VII, at p. 786):

[TRANSLATION] 2. Leg. and jud. Legal manner of proceeding, "series of formalities which must be completed in succession in order to attain a desired result" (Cuche). *What is the procedure to follow? A welter of formalities . . . , proceedings and visas* (=> Paperasserie).

Spec. Body of rules or formalities which must be observed, acts that must be performed, in order to achieve a jurisdictional solution (=> Action, process, hearing, suit, trial).

At the same time, the word "*audience*" ("hearing") is given a more limiting definition (t. I, at p. 695):

L.R.C. (1985), ch. H-6, prévoit le pouvoir de forcer la comparution de témoins et la production de documents en des termes similaires à l'al. 118a) du Code. Le paragraphe 50(2) de cette loi précise, cependant, que ce pouvoir est attribué au tribunal pour la tenue de ses audiences. Cette disposition est à l'effet suivant:

50. . . .

(2) Pour la tenue de ses audiences, le tribunal a le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables à l'examen complet de la plainte, au même titre qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire. [Je souligne.]

À mon avis, pour conclure comme l'a fait la Cour d'appel fédérale, il faudrait lire dans le libellé de l'art. 118 du Code les mots «*toute audience devant lui*» plutôt que «*toute procédure engagée devant lui*». Je ne saurais, pour ma part, me prévaloir d'une telle inférence. *Le Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 1986) définit le mot «*procédure*» comme suit (t. VII, à la p. 786):

2. Dr. et cour. Manière de procéder juridiquement, «*série de formalités qui doivent être successivement remplies pour aboutir à un résultat déterminé*» (Cuche). *Quelle est la procédure à suivre? Un maquis de formalités [ . . . ], de procédures et de visas* (=> Paperasserie).

Spécialt. Ensemble des règles, des formalités, qui doivent être observées, des actes qui doivent être accomplis pour parvenir à une solution juridictionnelle (=> Action, instance, instruction, poursuite, procès).

Par ailleurs, le mot «*audience*» est défini de façon plus restrictive (t. I, à la p. 695):

[TRANSLATION] 1. Arch. or Lit. Action of listening to a person; attention given to person speaking. . . .

1. Vx ou Littér. Action de bien vouloir écouter quelqu'un; attention que l'on donne à celui qui parle . . .

3. . . . Law and courts. Sitting of a tribunal. *Judgments must be read at the hearing. Public hearing. Closed door hearing* . . . . [Italics in original.]

3. . . . Dr. et cour. Séance d'un tribunal. *Les jugements doivent être lus à l'audience. Audience publique, Audience à huis clos* . . . [En italique dans l'original.]

In deciding that the exercise of the power contained in s. 118(a) included a duty to hold a *viva voce* hearing, the Federal Court of Appeal, in my view, added words that are not found in the text of the provision. At the very least, s. 118(a) contains a definite ambiguity as to the way in which the power it confers on the Board is to be exercised. That ambiguity makes it necessary to go beyond the wording of the provision and examine the procedural context at issue here.

En jugeant que l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 118a) comportait l'obligation de tenir une audience *viva voce*, j'estime que la Cour d'appel fédérale a ajouté des mots que l'on ne retrouve pas dans le texte de la disposition. L'alinéa 118a) comporte, à tout le moins, une ambiguïté certaine quant à la modalité d'exercice du pouvoir qu'il confère au Conseil. Cette ambiguïté commande d'aller au-delà du texte de la disposition afin d'examiner le cadre procédural dont il est ici question.

## 2. Procedural guarantees

## 2. Les garanties procédurales

Considerations relating to procedural protection of the parties concerned seem to have had an important bearing on the interpretation adopted by the Federal Court of Appeal. This argument invites three observations.

Des considérations liées à la protection procédurale des parties intéressées semblent avoir joué un rôle important dans l'interprétation adoptée par la Cour d'appel fédérale. Cet argument appelle trois remarques.

First, there is no indication that the systematic holding of a *viva voce* hearing is necessary in order to allow a person affected by an application to file documents and written testimony to present his arguments effectively. The conclusion that s. 118(a) does not impose on the Board a duty to hold a *viva voce* hearing does not deprive a litigant who is the subject of such an order from presenting his objections in writing, just as he or she may do so regarding the merits of the principal case. If this were not so, I do not see how Parliament could have given the Board the power to dispose of cases on the merits without a public hearing. In *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172, Pigeon J. in fact noted that the absence of a formal hearing was not as such inconsistent with the rules of natural justice (at pp. 175-76):

En premier lieu, rien ne démontre que la tenue systématique d'une audience *viva voce* soit nécessaire pour permettre à une personne visée par une demande de production de documents et de témoignages écrits de faire valoir utilement ses moyens. Une conclusion à l'effet que l'al. 118a) n'assujettit pas le Conseil à une obligation de tenir une audition *viva voce* ne prive pas le justiciable, exposé à une telle ordonnance, de faire valoir ses objections par écrit et ce, de la même façon qu'il peut le faire au sujet du mérite de l'affaire principale. Si tel n'était pas le cas, je vois mal comment le législateur aurait conféré au Conseil la faculté de disposer des causes au mérite sans audience publique. Dans l'affaire *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172, le juge Pigeon a d'ailleurs souligné que l'absence d'audition formelle n'était pas, en soi, incompatible avec les principes de justice naturelle (aux pp. 175 et 176):

[TRANSLATION] So far as application of the *audi alteram partem* rule is concerned, it is important to note that it does not mean a hearing should always be granted. The obligation is to provide a party with an opportunity to present its arguments. In the case at bar, where an objection was submitted which raised only a point of law, the Commission did not misuse its discretion in deciding that it did not need to hear anything more before rendering its decision. As this Court held in *Forest Industrial Relations Ltd. v. International Union of Operating Engineers*, [1962] S.C.R. 80, a tribunal is not required to grant a hearing on all arguments raised in a matter before it. When it has available to it an analysis it considers sufficient, it has the power to reach its decision without further delay. [Emphasis added.]

Accordingly, the mere fact of requiring written testimony and the filing of documents does not imply that a party is *ipso facto* deprived of its right to, for example, submit its objections as to the admissibility and relevance of the testimony and documents. In the case of privileged documents, there is nothing to prevent the person required to produce them from asserting his or her rights and asking the Board to make a decision thereon, expressly identifying the documents affected and the rights relied on before forwarding them to the Board.

Second, a person affected by an order to file documents and written testimony is not without means of indicating his or her reluctance to comply. To provide protection for the rights of parties concerned in a proceeding before the Board, there is an internal procedure (the Board's power to review, rescind, amend, alter or vary its own decisions, mentioned in s. 119) and an external procedure (the Federal Court of Appeal's power of judicial review, mentioned in s. 122) to review decisions and orders of the Board. The Federal Court of Appeal has itself confirmed its jurisdiction to hear an application for judicial review resulting from an order pursuant to s. 118(a): *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493, leave to appeal to the Supreme Court denied, [1988] 1 S.C.R. vii, as indeed it did in the case at bar. In these circumstances, I cannot see how the procedural guarantees of the parties

Pour ce qui est de l'application de la règle *audi alteram partem*, il importe de noter qu'elle n'implique pas qu'il doit toujours être accordé une audition. L'obligation est de fournir à la partie l'occasion de faire valoir ses moyens. Dans le cas présent, en face d'une contestation qui soulève uniquement un moyen de droit, la Commission n'abusa pas de sa discrétion en décidant qu'elle n'avait pas besoin d'en entendre davantage avant de rendre sa décision. Comme cette Cour l'a décidé dans *Forest Industrial Relations Ltd. c. International Union of Operating Engineers*, [1962] R.C.S. 80, une commission n'est pas obligée d'accorder une audition sur toutes les prétentions soulevées dans une affaire dont elle est saisie. Lorsqu'elle a eu un exposé qu'elle juge suffisant, elle a le pouvoir de statuer sans plus tarder. [Je souligne.]

En conséquence, le simple fait d'exiger un témoignage écrit et la production de documents n'implique pas qu'une partie soit *ipso facto* privée de son droit de faire valoir, par exemple, ses objections quant à l'admissibilité et à la pertinence de ce témoignage et de ces documents. Dans le cas de documents privilégiés, rien n'empêche la personne sommée de les produire de faire valoir ses droits et de demander au Conseil une décision à cet égard en identifiant expressément les documents visés et les droits invoqués avant de les remettre au Conseil.

En second lieu, une personne visée par une ordonnance de production de documents et de témoignages écrits n'est pas dépourvue de moyens pour faire valoir sa réticence à s'y conformer. Afin d'assurer une protection des droits de parties impliquées dans une procédure dont le Conseil est saisi, il existe un mécanisme interne (le pouvoir du Conseil de réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, prévu à l'art. 119) et externe (le pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale prévu à l'art. 122) de révision des décisions et ordonnances du Conseil. La Cour d'appel fédérale a elle-même confirmé sa compétence à entendre une demande de révision judiciaire découlant d'une ordonnance en vertu de l'al. 118a): *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493, permission d'appeler à la Cour suprême refusée, [1988] 1 R.C.S. vii, comme elle l'a d'ailleurs fait dans la présente instance. Dans

affected are compromised by the absence of a *viva voce* hearing as such.

Finally, it would seem illogical for Parliament, on the one hand, to intend that the Board should have complete control of its procedure, and, on the other, to impose upon it a duty to hold a *viva voce* hearing, solely in order to obtain relevant information or documents that a party refuses to provide voluntarily. This would appear to be especially illogical as the Board has the right to render its decisions on the merits without any formal hearing. Such an interpretation would establish an absolute right to a *viva voce* hearing. Rather than simply a parenthesis in the procedure of inquiry and decision, this result would deprive the Board of complete control of its procedure and place it at the mercy of the parties, who would then have an ideal means of delaying or indeed paralyzing the entire decision-making process. In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, Gonthier J. gave the following warning (at p. 1756):

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes. [Emphasis added.]

Similarly, in *Komo Construction, supra*, Pigeon J. wrote (at p. 176):

[TRANSLATION] It should be borne in mind that the Commission exercises its jurisdiction in a matter in which generally any delay is likely to cause serious and irreparable damage. While maintaining the principle that the fundamental rules of justice should be observed, it is important not to impose a code of procedure on a body to which the law intended to give complete control of its procedure. [Emphasis added.]

The effect of paras. (b) to (j) of s. 118 is to reinforce the fact that the Board is in complete control

ces conditions, je vois mal comment les garanties procédurales des parties intéressées se trouvent compromises, en soi, par l'absence d'une audience *viva voce*.

a

Enfin, il semblerait illogique que le législateur veuille, d'une part, que le Conseil soit maître de sa procédure et, d'autre part, qu'il lui impose l'obligation de tenir une audience *viva voce* et ce, dans le seul but d'obtenir les renseignements ou documents pertinents qu'une partie refuserait de lui fournir volontairement. Ceci m'apparaît d'autant plus illogique que le Conseil a la faculté de rendre ses décisions au mérite en l'absence de toute audition formelle. Un telle interprétation consacrerait un droit absolu à une audience *viva voce*. Plus qu'une simple parenthèse dans le cadre du processus d'enquête et de décision, ce résultat ferait perdre au Conseil le contrôle et la maîtrise de sa procédure au profit de la volonté des parties qui disposeraient, alors, d'un moyen idéal pour ralentir, sinon paralyser tout le processus décisionnel. Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, le juge Gonthier faisait la mise en garde suivante (à la p. 1756):

f

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste. [Je souligne.]

h

De même, dans l'affaire *Komo Construction*, précitée, le juge Pigeon écrivait (à la p. 176):

i

Il ne faut pas oublier que la Commission exerce sa juridiction dans une matière ou généralement tout retard est susceptible de causer un préjudice grave et irrémédiable. Tout en maintenant le principe que les règles fondamentales de justice doivent être respectées, il faut se garder d'imposer un code de procédure à un organisme que la loi a voulu rendre maître de sa procédure. [Je souligne.]

j

Les alinéas b) à j) de l'art. 118 viennent d'ailleurs renforcer le fait que le Conseil est maître de

of its procedure. Accordingly, interpreting those paragraphs so as to limit to *viva voce* hearings the Board's power to order the filing of written testimony and documents, as my colleague does, is to give the enabling legislation too technical an interpretation contrary to the principles enunciated in *Bell Canada, supra*.

These principles take their full meaning in the present appeal. In the absence of clear language excluding the principle that the Board has complete control over its own procedure, courts should not adopt an interpretation which, for all practical purposes, would have the same effect. On the contrary, the apparent ambiguity of s. 118(a) requires a construction that, while remaining faithful to the fundamental principles of justice, does not neutralize the power conferred by the section. Since the procedural guarantees of the parties are not compromised by the text and context of the legislative provisions at issue here, I consider that preserving the ultimate purpose of the Board, which is that the action it takes shall be flexible and effective, is more consistent here with Parliament's primary intent.

In his reasons Gonthier J. considers that, as there is no conflict between the general purposes of the Board and restricting to a *viva voce* hearing the power to order the filing of written testimony and documents, a limited interpretation of s. 118(a) is justified. He bases his reasoning on *Bell Canada, supra*. Such an argument cannot be conclusive. To turn the argument around, the Board's primary purpose is not inconsistent with a power to order the filing of documents and to require witnesses to testify in writing outside *viva voce* hearings. On the contrary, the effect of such a power is to increase the Board's efficacy, by allowing it to dispose of matters without a *viva voce* hearing and facilitating the settlement of issues by non-litigious means. Indeed, the parties did not argue that such a power would be contrary to the general purposes of the Board. *Bell Canada* and the facts, therefore, cannot in any way support the argument based on them by my colleague.

sa procédure. Par conséquent, interpréter ces alinéas de façon à limiter aux auditions *viva voce* le pouvoir du Conseil d'ordonner la production de témoignages écrits et de documents, comme le fait mon collègue, équivaut à donner une interprétation très formaliste à la loi habilitante, en contradiction avec les principes énoncés dans l'arrêt *Bell Canada, précité*.

Ces principes prennent tout leur sens dans le cadre du présent pourvoi. En l'absence de termes clairs qui viennent écarter le principe de la compétence du Conseil sur la maîtrise de sa propre procédure, on ne saurait privilégier une interprétation qui aurait, à toutes fins pratiques, le même effet. L'ambiguïté apparente de l'al. 118a) appelle, au contraire, une lecture qui ne stérilise pas le pouvoir qu'il énonce tout en demeurant fidèle aux règles fondamentales de justice. Puisque le maintien des garanties procédurales des parties n'est pas compromis par les texte et contexte législatifs ici en jeu, j'estime que le maintien de la finalité du rôle du Conseil, qui est d'agir dans un cadre d'intervention souple et efficace, s'harmonise le mieux, en l'espèce, avec l'intention première du législateur.

Dans ses motifs, le juge Gonthier est d'avis que, comme il n'y a pas de conflit entre les buts généraux du Conseil et la restriction à l'audition *viva voce* du pouvoir d'ordonner la production de témoignages écrits et de documents, l'interprétation restrictive de l'al. 118a) est justifiée. Il appuie son raisonnement sur l'arrêt *Bell Canada, précité*. Un tel argument ne saurait être déterminant. En effet, l'objectif primordial du Conseil n'est pas, à l'inverse, incompatible avec un pouvoir d'ordonner la production de documents et d'obliger des témoins à témoigner par écrit en dehors d'auditions *viva voce*. Au contraire, un tel pouvoir a pour effet d'accroître l'efficacité du Conseil, en lui permettant de disposer d'affaires sans audition *viva voce*, et en facilitant le règlement des affaires par des voies non litigieuses. Les parties n'ont d'ailleurs pas plaidé qu'un tel pouvoir serait contraire aux buts généraux du Conseil. L'arrêt *Bell Canada* et les faits ne sauraient donc soutenir l'argument qu'en tire mon collègue.

As the methods of interpretation I have used make it possible to clarify the meaning of s. 118(a), there is no need to have recourse to the presumption that a statute which infringes individual rights and freedoms (here, the possible penalty of imprisonment) should be strictly construed (see Côté, *supra*, at p. 395).

Finally, I cannot share the view taken by Pratte and Desjardins J.J.A. that *R. v. Amway Corp.*, *supra*, is relevant in this case. *Amway* debated the question of whether a business corporation could benefit in a penal or quasi-penal proceeding from the protection conferred by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This question does not arise in the case at bar.

#### IV — Conclusion

For all these reasons, I conclude that the Board did not err in interpreting s. 118(a) of the Code. Since, in my view, the exercise of the power to order the filing of written testimony and documents is not subject to any duty to hold a *viva voce* hearing, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and dismiss the applications for judicial review filed pursuant to s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, the whole with costs in all courts.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitors appointed by the Court as amici curiae: Yves Ouellette, Montréal; R. Luc Beaulieu, Montréal.*

*Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.*

Étant donné que les méthodes d'interprétation auxquelles j'ai eu recours permettent de clarifier le sens de l'al. 118a), point n'est besoin de s'en rapporter à la présomption selon laquelle une loi qui porte atteinte aux droits et libertés individuels (ici une peine éventuelle d'emprisonnement) doit recevoir une interprétation stricte (voir Côté, *op. cit.*, à la p. 450).

Enfin, je ne puis partager la conclusion des juges Pratte et Desjardins voulant que l'affaire *R. c. Amway Corp.*, précitée, soit ici pertinente. Cet arrêt portait sur la question de savoir si une société commerciale pouvait, dans le cadre d'une instance pénale ou quasi-pénale, bénéficier de la protection accordée par l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette question ne se pose pas en l'espèce.

#### IV — Conclusion

Pour tous ces motifs, je conclus que le Conseil n'a pas erré dans l'interprétation de l'al. 118a) du Code. Puisque, selon moi, l'exercice du pouvoir d'ordonner le dépôt de témoignages écrits et de documents n'est assujéti à aucune obligation de tenir une audition *viva voce*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale et de rejeter les demandes en révision judiciaire logées en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le tout avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amici curiae: Yves Ouellette, Montréal; R. Luc Beaulieu, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.*



**Wilfred Wayne Dersch** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DERSCH

File No.: 22483.

1993: March 30; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test without a warrant — Whether conduct of police violated accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Whether physicians acting as agents of government — Whether Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.*

The accused was charged with criminal negligence causing death and bodily harm and having the care and control of a motor vehicle while impaired by alcohol or drugs and thereby causing death and bodily harm. The motor vehicle he was operating had crossed the centre dividing line of a highway and collided head-on with another vehicle. The driver of the other vehicle was killed and three other persons, including the accused,

**Wilfred Wayne Dersch** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DERSCH

N<sup>o</sup> du greffe: 22483.

<sup>b</sup>

1993: 30 mars; 1993: 21 octobre.

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

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

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention sans mandat par la police des résultats de l'alcootest — La conduite des policiers a-t-elle violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.*

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention par la police des résultats de l'alcootest contrairement au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Les médecins sont-ils des mandataires du gouvernement? — La Charte s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.*

<sup>g</sup> L'accusé a été inculpé de négligence criminelle causant la mort et des lésions corporelles et d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool ou une drogue et d'avoir ainsi causé la mort et des lésions corporelles. Le véhicule qu'il conduisait a franchi la ligne du centre de la route et est allé heurter de plein fouet un autre véhicule. Le conducteur de l'autre véhicule a été

were injured. A police officer at the accident scene observed a smell of alcohol from the accused and noticed that his eyes were glassy and bloodshot. The accused was taken to a hospital. The doctor who examined him attempted to insert an intravenous line into the accused's arm, but the accused objected in strong language and refused to have a blood sample taken under any circumstances. The doctor requested the assistance of a surgeon present, who took a blood sample while the accused was unconscious, for medical reasons. One vial of the blood was used for a blood alcohol test. When the accused was subsequently asked by the police officer who had accompanied him to the hospital to provide a blood sample, he refused. In response to a written request by police, the doctor prepared a medical report which included the results of the blood alcohol test. A search warrant was later issued for the blood sample taken. The blood sample and blood alcohol test results were ruled admissible at the accused's trial following a *voir dire* and the accused was convicted on all four counts. The Court of Appeal upheld the convictions. This appeal is to determine whether the trial judge erred in ruling that evidence obtained from a blood sample taken without the accused's consent was admissible.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Participation in the emergency treatment of the accused did not in itself render the physicians agents of government for the purposes of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nor were they acting as agents of government in taking the blood sample in this case solely for medical purposes. It is nonetheless clear that some of the physicians' conduct was wrong. The blood sample taken despite the accused's unequivocal instruction to the contrary was improper, and the provision to the police of specific medical information about the accused without his consent violated the doctor's common law duty of confidentiality to the accused. Since the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of the information revealed, the obtaining of that information by the police in the circumstances is analogous to a search or a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The information was obtained without a warrant, rendering the search by the police *prima facie* unreasonable, and the Crown has not satisfied the burden of rebutting this presumption of unreasonableness. It has not been demonstrated that there is any basis in statute or

tué et trois autres personnes, dont l'accusé, ont été blessées. Un policier présent sur les lieux de l'accident a décelé une odeur d'alcool chez l'accusé et a remarqué que ses yeux étaient vitreux et injectés de sang. L'accusé a été conduit à l'hôpital. Le médecin qui l'examinait a tenté d'introduire un tube intraveineux dans le bras de l'accusé qui s'y est opposé vertement et a refusé catégoriquement de subir un prélèvement d'échantillon de sang. Le médecin a demandé l'aide d'un chirurgien présent sur les lieux qui a prélevé, pour des raisons médicales, un échantillon de sang pendant que l'accusé était inconscient. Une ampoule de sang a été utilisée pour effectuer un alcootest. Quand le policier qui avait accompagné l'accusé à l'hôpital lui a, par la suite, demandé de fournir un échantillon de sang, l'accusé a refusé. En réponse à une demande écrite de la police, le médecin a rédigé un rapport médical dans lequel il communiquait les résultats de l'alcootest. Un mandat de perquisition a été décerné plus tard relativement à l'échantillon de sang prélevé. Au procès de l'accusé, l'échantillon de sang et les résultats de l'alcootest ont été déclarés admissibles en preuve à la suite d'un *voir dire* et l'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer si le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'échantillon de sang prélevé sans le consentement de l'accusé était admissible en preuve.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les médecins ne sont pas devenus des mandataires du gouvernement, aux fins de l'art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de leur participation au traitement d'urgence de l'accusé et ils n'ont pas agi non plus à titre de mandataires du gouvernement en prélevant ici l'échantillon de sang à des fins purement médicales. Il est néanmoins évident que le comportement des médecins était en partie fautif. Le prélèvement de l'échantillon de sang, contrairement aux directives catégoriques de l'accusé, était irrégulier et, en communiquant à la police des renseignements médicaux précis sur l'accusé sans le consentement de ce dernier, le médecin a violé le devoir de common law, qu'il avait envers l'accusé, de préserver le caractère confidentiel de ces renseignements. Puisque l'accusé s'attendait raisonnablement à ce que son droit à la vie privée soit respecté quant aux renseignements divulgués, l'obtention de ces renseignements par la police, dans ces circonstances, correspond à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les renseignements ont été obtenus sans qu'un mandat de perquisition ne

under the common law for this search and seizure, nor was there any emergency in the sense of the evidence being in danger of being destroyed if the time were taken to obtain a warrant. In view of this conclusion, it is not necessary to determine whether there was also a violation of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*. Since it has not been established that there is any basis under statute or the common law for the conduct of the police, that conduct cannot be said to be "prescribed by law" within the meaning of s. 1 and therefore cannot be justified thereunder.

The net result of the *Charter* violation by police in this case was to take advantage of the physicians' improper conduct in taking the blood sample contrary to the patient's specific instructions. When this factor is considered together with the seriousness of the *Charter* violation and the importance of guarding against a free exchange of information between health care professionals and police, the impugned evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. In the absence of the evidence of the accused's blood alcohol level, there is no evidence sufficient to sustain convictions on the care and control charges, which should be dismissed. While there remains evidence to support the criminal negligence charges, this is not an appropriate case in which to apply the curative provision, and a new trial is directed.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Major J.'s reasons were agreed with, subject to further comments on the exclusion of evidence through the application of s. 24(2) of the *Charter*. Three factors must be considered in determining whether evidence obtained in violation of s. 8 of the *Charter* should be excluded pursuant to s. 24(2): the effect the admission would have on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* violation, and whether excluding the impugned evidence would cause greater disrepute to the administration of justice than admitting it. As a result of the application of these principles, the impugned evidence should be excluded. The evidence obtained here might have been discovered in a lawful way had the *Charter* violation not occurred, since the police already had probable cause sufficient to obtain a search warrant. As a result, the fairness of the trial is not necessarily adversely affected by its admission. The violation of the accused's rights

soit décerné, ce qui rend abusive à première vue la perquisition par la police, et le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau de réfuter cette présomption de caractère abusif. Il n'a pas été démontré qu'il y a dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant pareilles perquisition et saisie. Il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'urgence où la preuve risquait d'être détruite si on prenait le temps d'obtenir un mandat. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu également violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'accusé. Étant donné qu'il n'a pas été établi qu'il y avait dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant le comportement de la police, on ne peut dire que ce comportement est prescrit par une règle de droit au sens de l'article premier et il ne saurait donc être justifié en vertu de cet article.

Dans la présente affaire, la violation de la *Charte* par la police lui a permis, en fin de compte, de profiter du comportement irrégulier que les médecins ont adopté en prélevant l'échantillon de sang contrairement aux directives précises de leur patient. Pour cette raison et compte tenu de la gravité de la violation de la *Charte* par la police et de l'importance d'empêcher le libre échange de renseignements entre les professionnels de la santé et la police, il y a lieu d'écarter la preuve attaquée, en application du par. 24(2) de la *Charte*. En l'absence de la preuve de l'alcoolémie de l'accusé, il n'y a aucun élément de preuve suffisant pour maintenir les déclarations de culpabilité prononcées relativement aux accusations de garde et de contrôle, qu'il y a lieu de rejeter. Alors qu'il subsiste une preuve à l'appui des accusations de négligence criminelle, il ne convient pas en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice et un nouveau procès est ordonné.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les motifs du juge Major sont acceptés sous réserve d'observations supplémentaires concernant l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Trois facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si des éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte* devraient être exclus conformément au par. 24(2): l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et la question de savoir si l'exclusion de la preuve contestée déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission. Par application de ces principes, il y a lieu d'exclure la preuve contestée. La preuve obtenue en l'espèce aurait pu être découverte légalement n'eût été la violation de la *Charte*, étant donné que les policiers avaient déjà des motifs probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. En conséquence, l'utilisation de la preuve ne porte pas

was of such a serious nature, however, as to tip the balance in favour of excluding the evidence. Such exclusion would not bring the administration of justice into disrepute. The police should have used the lawful means available to them to obtain the required information. Further, exclusion of the impugned evidence does not eliminate all the evidence against the accused.

### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158; *R. v. Mazurek* (1989), 15 M.V.R. (2d) 80; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 24, 32(1).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 254 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.)], s. 36], 256 [*idem.*], 686(1)(b)(iii).

*Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73, s. 3 [am. B.C. Reg. 89/85].

### Authors Cited

Canadian Medical Association. *Code of Ethics*.

Watson, Jack. "Blood Samples: Are They Real or Not?" (1990), 2 *J.M.V.L.* 173.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86, affirming the accused's conviction by Dohm J. on charges of criminal negligence causing death, criminal negligence causing bodily harm, impaired care and control causing death and

nécessairement atteinte à l'équité du procès. Toutefois, la violation des droits de l'accusé était si grave qu'elle militait en faveur de l'exclusion de la preuve. Pareille exclusion ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. La police aurait dû recourir aux moyens légaux dont elle disposait pour obtenir les renseignements requis. De plus, l'exclusion de la preuve contestée n'élimine pas tous les éléments de preuve qui pèsent contre l'accusé.

### <sup>b</sup> Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158; *R. c. Mazurek* (1989), 15 M.V.R. (2d) 80; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

### <sup>f</sup> Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 24, 32(1).

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.)], art. 36], 256 [*idem.*], 686(1)(b)(iii).

*Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73, art. 3 [mod. B.C. Reg. 89/85].

### <sup>h</sup> Doctrine citée

Association médicale canadienne. *Code de déontologie*. Watson, Jack. «Blood Samples: Are They Real or Not?» (1990), 2 *J.M.V.L.* 173.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé que le juge Dohm a prononcée relativement à des accusations de négligence criminelle causant la mort, de négligence

impaired care and control causing bodily harm. Appeal allowed.

*Howard Rubin and Kenneth S. Westlake*, for the appellant.

*Alexander Budlovsky*, for the respondent.

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

MAJOR J. — The appellant was convicted by a jury on one count each of criminal negligence causing death, criminal negligence causing bodily harm, having the care and control of a motor vehicle while impaired by alcohol or drugs and thereby causing death, and having the care and control of a motor vehicle while impaired by alcohol or drugs and thereby causing bodily harm. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed: (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86. The issue raised by this appeal is whether the trial judge erred in ruling that evidence of blood alcohol test results from a blood sample taken without the appellant's consent was admissible against him.

### I. Facts

A motor vehicle accident occurred at approximately 7:30 a.m. on October 7, 1987, on a four-lane undivided highway near Duncan, British Columbia. The vehicle operated by the appellant crossed the centre dividing line and collided head-on with another vehicle. The driver of the other vehicle was killed. Three other persons, including the appellant, were injured.

criminelle causant des lésions corporelles, de garde et de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie et d'avoir ainsi causé la mort, et de garde et de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie et d'avoir ainsi causé des lésions corporelles. Pourvoi accueilli.

*Howard Rubin et Kenneth S. Westlake*, pour l'appellant.

*Alexander Budlovsky*, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAJOR — L'appellant a été déclaré coupable par un jury relativement à des chefs d'accusation de négligence criminelle causant la mort, de négligence criminelle causant des lésions corporelles, de garde ou de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, causant ainsi la mort, et de garde ou de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, causant ainsi des lésions corporelles. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté: (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en décidant que les résultats de l'alcootest effectué au moyen d'un échantillon de sang prélevé sans le consentement de l'appellant étaient admissibles en preuve contre ce dernier.

### I. Les faits

Le 7 octobre 1987, vers 7 h 30, un accident de la circulation est survenu sur une route à quatre voies près de Duncan, en Colombie-Britannique. Le véhicule conduit par l'appellant a franchi la ligne du centre et est allé heurter de plein fouet un autre véhicule dont le conducteur a été tué. Trois autres personnes, dont l'appellant, ont été blessées.

A police officer at the accident scene observed a smell of alcohol from the appellant and noticed that the appellant's eyes were glassy and blood-shot. The appellant was lapsing in and out of consciousness, and accompanied by a police officer was taken to the Cowichan District Hospital in Duncan.

At 8:40 a.m. he was examined by Dr. Gilbert, the appellant's primary care physician at the hospital. This doctor attempted to insert an intravenous line into the appellant's arm, but the appellant objected in strong language and refused to have a blood sample taken under any circumstances. Dr. Gilbert requested the assistance of Dr. Leckie (a surgeon present in the emergency department) in obtaining a blood sample. The appellant was unconscious and unresponsive to anything except pain when Dr. Leckie examined him. Dr. Leckie inserted an intravenous line and took a blood sample, shortly after 9:00 a.m.

The blood sample was taken for medical reasons. One vial was used for a blood alcohol test. Both doctors testified that this test was necessary to determine the extent to which the appellant's symptoms were attributable to intoxication rather than a suspected serious closed head injury. The appellant's blood alcohol level was a factor to consider in his medication.

At 9:25 a.m. the police officer who had accompanied the appellant to the hospital asked him to provide a blood sample. The appellant refused.

About 20 minutes later, Dr. Gilbert asked the appellant if he could take a second blood sample. The appellant consented after Dr. Gilbert told him the police officer had left the hospital and the sample would be used for medical purposes. The second sample was not tested for blood alcohol content.

In response to a written request by police, Dr. Gilbert prepared a medical report on October 30, 1987. The report included the results of the blood alcohol test from the first blood sample and a diag-

Un policier présent sur les lieux de l'accident a décelé une odeur d'alcool chez l'appelant et a remarqué que ses yeux étaient vitreux et injectés de sang. Un policier a accompagné l'appelant qui perdait conscience par moments, au Cowichan District Hospital de Duncan.

À 8 h 40, l'appelant a été examiné par le Dr Gilbert, son médecin de premier recours à l'hôpital. Ce dernier a tenté d'introduire un tube intraveineux dans le bras de l'appelant qui s'y est opposé vertement et a refusé catégoriquement de subir un prélèvement d'échantillon de sang. Le Dr Gilbert a demandé au Dr Leckie (un chirurgien présent dans le département des soins d'urgence) de l'aider à obtenir un échantillon de sang. Lorsque le Dr Leckie a examiné l'appelant, celui-ci était inconscient et insensible à tout, sauf à la douleur. Peu après 9 h, le Dr Leckie a introduit un tube intraveineux et a prélevé un échantillon de sang.

Cet échantillon a été prélevé pour des raisons médicales. Une ampoule de sang a été utilisée pour effectuer un alcootest. Les deux médecins ont témoigné que ce test était nécessaire pour déterminer à quel point les symptômes présentés par l'appelant étaient attribuables à une intoxication plutôt qu'à ce qu'on soupçonnait être un grave traumatisme crânien fermé. Le taux d'alcoolémie de l'appelant était un facteur à considérer pour le traiter.

À 9 h 25, le policier qui avait accompagné l'appelant à l'hôpital lui a demandé de fournir un échantillon de sang. L'appelant a refusé.

Environ 20 minutes plus tard, le Dr Gilbert a demandé à l'appelant s'il pouvait prélever un deuxième échantillon de sang. L'appelant n'a consenti qu'une fois que le Dr Gilbert lui eut dit que le policier avait quitté l'hôpital et que l'échantillon serait utilisé à des fins médicales. Le deuxième échantillon n'a pas été utilisé pour effectuer un alcootest.

Le 30 octobre 1987, en réponse à une demande écrite de la police, le Dr Gilbert a rédigé un rapport médical dans lequel il communiquait les résultats de l'alcootest effectué au moyen du premier échan-

nosis that the appellant was intoxicated at the time of being treated in the emergency department. On November 27, 1987, a search warrant was issued for the blood sample taken by Dr. Leckie.

The doctors did not have the appellant's consent to release information to the police. According to the testimony of the doctors at trial, they were unaware that they could not give the police the results of blood samples taken against the specific instructions of the appellant.

An expert witness testified that on the basis of the test results from the first blood sample, at the time of the accident the appellant had a blood alcohol level of between 178 and 193 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

At the appellant's trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the first blood sample and of the blood alcohol test results from that sample. The evidence was ruled admissible. The appellant appealed to the Court of Appeal for British Columbia on the ground that the trial judge had erred. The Court of Appeal dismissed the appeal.

## II. Relevant Provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

tillon de sang et un diagnostic selon lequel l'appellant était intoxiqué au moment où il a été traité au département des soins d'urgence. Le 27 novembre 1987, un mandat de perquisition a été décerné relativement à l'échantillon de sang prélevé par le Dr Leckie.

Les médecins ont communiqué des renseignements à la police sans le consentement de l'appellant. Selon leur témoignage au procès, ils ignoraient qu'ils ne pouvaient pas communiquer à la police les résultats concernant les échantillons de sang prélevés contrairement aux directives précises de l'appellant.

Selon un témoin expert, les résultats de l'analyse du premier échantillon de sang ont révélé qu'au moment de l'accident le taux d'alcoolémie de l'appellant se situait entre 178 et 193 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Au procès de l'appellant, un *voir-dire* a été tenu afin de déterminer l'admissibilité du premier échantillon de sang et des résultats de l'alcootest effectué au moyen de cet échantillon. La preuve a été jugée admissible. L'appellant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

## II. Dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

### III. Judgments in the Courts Below

#### *Voir Dire at Trial*

The trial judge found the first blood sample was taken without the appellant's consent. However, he accepted the doctors' testimony that they were acting purely for medical purposes in taking the blood sample, and on that basis held ss. 7 and 8 of the *Charter* had no application. The trial judge was also of the view that there was no legal privilege in the test results. He therefore ruled the blood sample and blood alcohol test results were admissible.

*British Columbia Court of Appeal* (1991), 65 C.C.C. (3d) 252

Hinkson J.A. rejected the argument that the actions of the doctors were subject to review under the *Charter*, finding that neither the hospital nor the doctors were acting as agents of the state within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It was also his view that the actions of the police had not

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

### III. Juridictions inférieures

#### *Voir-dire au procès*

Le juge du procès a conclu que le premier échantillon de sang avait été prélevé sans le consentement de l'appelant. Cependant, il a accepté le témoignage des médecins selon lequel ils avaient prélevé l'échantillon de sang à des fins purement médicales, et c'est pourquoi il a conclu que les art. 7 et 8 de la *Charte* ne s'appliquaient pas. Le juge du procès était également d'avis que les résultats du test ne faisaient l'objet d'aucun privilège juridique. Il a donc conclu que l'échantillon de sang et les résultats de l'alcootest étaient admissibles.

*La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1991), 65 C.C.C. (3d) 252

Le juge Hinkson a rejeté l'argument selon lequel les actions des médecins pouvaient faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*, concluant que ni l'hôpital ni les médecins n'agissaient à titre de mandataires de l'État au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il a également estimé que les actes de la



violated the appellant's rights under either s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

Hutcheon J.A., with whom Hinds J.A. concurred, agreed with Hinkson J.A.'s conclusion that the hospital and the doctors "were not agents of the state for the purposes of the application of the *Charter*" (p. 268). However, Hutcheon J.A. was of the view that the actions of the police in obtaining the medical report violated the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*. He went on to conclude that on the discoverability principle, the admission into evidence of the results of the blood alcohol test would not bring the administration of justice into disrepute, and therefore the evidence was admissible upon application of s. 24(2).

#### IV. Points in Issue

##### *The Conduct of the Doctors and the Hospital*

In *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, the majority of this Court concluded, *inter alia*, that the Vancouver General Hospital was not part of government for the purposes of s. 32 of the *Charter* and its actions were not generally subject to *Charter* scrutiny. The same reasoning is applicable here to the Cowichan District Hospital.

Also in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, La Forest J. stated there could be circumstances in which the *Charter* may apply "to a specific act of an entity which is not generally bound by the *Charter*" (p. 516). It was submitted by the appellant that s. 3 of the *Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73, as amended by B.C. Reg. 89/85, has the effect of preventing a patient from leaving a hospital without the approval of the hospital, thereby rendering the emergency treatment of the appellant by the Cowichan District Hospital conduct of government for the purposes of the *Charter*. I disagree. Section 3 of the *Hospital Act Regulations*, by its plain meaning, simply protects hospital patients from being improperly discharged. It does not attempt to hold them captive.

police n'avaient pas violé les droits de l'appelant garantis par l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Hutcheon, aux motifs duquel a souscrit le juge Hinds, a accepté la conclusion du juge Hinkson que l'hôpital et les médecins [TRADUCTION] «n'étaient pas des mandataires de l'État aux fins de l'application de la Charte» (p. 268). Le juge Hutcheon était toutefois d'avis que les actes accomplis par la police en vue d'obtenir le rapport médical violaient les droits de l'appelant garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Il a ensuite conclu que, selon le principe de la possibilité de découvrir la preuve, l'admission en preuve des résultats de l'alcootest ne déconsidérerait pas l'administration de la justice et que la preuve était donc admissible en vertu du par. 24(2).

#### IV. Points en litige

##### *Le comportement des médecins et de l'hôpital*

Dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, notre Cour à la majorité a conclu notamment que le Vancouver General Hospital ne faisait pas partie du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et que ses actions n'étaient pas généralement assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Le même raisonnement s'applique en l'espèce au Cowichan District Hospital.

Dans le même arrêt, le juge La Forest a affirmé qu'il pouvait arriver que la *Charte* s'applique «à une action précise d'un organisme qui n'est pas généralement lié par la *Charte*» (p. 516). L'appelant a soutenu que, puisque l'art. 3 du *Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73, modifié par B.C. Reg. 89/85, a pour effet d'empêcher un patient de quitter l'hôpital sans l'autorisation de celui-ci, les soins d'urgence prodigués à l'appelant par les médecins du Cowichan District Hospital constituent donc un comportement du gouvernement aux fins de la *Charte*. Je ne suis pas de cet avis. Selon son sens manifeste, l'art. 3 du *Hospital Act Regulations* protège simplement les patients contre les renvois injustifiés. Il ne vise pas à les garder captifs.

As the Cowichan District Hospital is not part of government for the purposes of the *Charter*, and is not acting as an agent of government in providing emergency health services, it follows that participation in the emergency treatment of the appellant did not in itself render Dr. Leckie and/or Dr. Gilbert agents of government for the purposes of the *Charter*.

The appellant submits that the actions of Dr. Leckie and Dr. Gilbert in taking the first blood sample without the appellant's consent are nevertheless subject to the *Charter*.

There are some types of circumstances in which a doctor clearly acts as an agent of government in taking a blood sample from a patient. A doctor who takes a blood sample illegally at the request of police is acting as an agent of government and his or her actions are subject to the *Charter*: *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. Similarly, a doctor involved in taking a blood sample pursuant to s. 254 or s. 256 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, would be acting as an agent of government, as mandated by statute, and the doctor's actions would be subject to *Charter* scrutiny.

In this case the first blood sample was not taken pursuant to s. 254 or s. 256 of the *Criminal Code*, nor at the request of the police. The trial judge accepted the evidence of the doctors that the blood sample was taken solely for medical purposes. Therefore, Dr. Gilbert and Dr. Leckie were not acting as agents of government for the purposes of the *Charter* in taking the first blood sample from the appellant.

However, while the conduct of Dr. Gilbert and Dr. Leckie in the circumstances of this case was not in violation of the appellant's *Charter* rights, it is clear that some of their conduct was wrong. The first blood sample taken despite the appellant's unequivocal instruction to the contrary was improper, and is most material in the disposition of this appeal. The provision to the police by Dr. Gilbert of specific medical information about the

Étant donné que le Cowichan District Hospital ne fait pas partie du gouvernement aux fins de la *Charte* et qu'il n'agit pas à titre de mandataire du gouvernement lorsqu'il fournit des services de santé d'urgence, il s'ensuit que les Drs Leckie et Gilbert ne sont pas devenus des mandataires du gouvernement aux fins de la *Charte* en raison de leur participation au traitement d'urgence de l'appelant.

L'appelant soutient que les actes que les Drs Leckie et Gilbert ont accomplis en prélevant le premier échantillon de sang sans son consentement sont néanmoins assujettis à la *Charte*.

Il y a certains cas où un médecin agit manifestement à titre de mandataire du gouvernement lorsqu'il prélève un échantillon de sang sur un patient. Le médecin qui prélève un échantillon de sang illégalement à la demande de la police agit à titre de mandataire du gouvernement et ses actes sont assujettis à la *Charte*: *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. De même, le médecin qui prélèverait un échantillon de sang conformément à l'art. 254 ou 256 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, agirait à titre de mandataire du gouvernement, tel que prescrit par la Loi, et ses actes seraient assujettis à un examen fondé sur la *Charte*.

En l'espèce, le premier échantillon de sang n'a pas été prélevé conformément à l'art. 254 ou 256 du *Code criminel* ni à la demande de la police. Le juge du procès a accepté le témoignage des médecins voulant que l'échantillon de sang n'ait été prélevé qu'à des fins médicales. Par conséquent, les Drs Gilbert et Leckie n'agissaient pas à titre de mandataires du gouvernement aux fins de la *Charte*, lorsqu'ils ont prélevé le premier échantillon de sang sur l'appelant.

Cependant, même si, dans les circonstances de la présente affaire, le comportement des Drs Gilbert et Leckie ne violait pas les droits que la *Charte* garantit à l'appelant, il est évident qu'il était en partie fautif. Le prélèvement du premier échantillon de sang, contrairement aux directives catégoriques de l'appelant, était irrégulier et il constitue un élément des plus importants pour statuer sur le présent pourvoi. En communiquant à la

appellant without his consent violated Dr. Gilbert's common law duty of confidentiality to the appellant: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 149-50.

While there may be instances of doctors and hospitals releasing neutral medical information, such as the presence of the patient in the hospital, in this case the appellant had a reasonable expectation that the specific medical information revealed by Dr. Gilbert, including the blood alcohol test results, would be kept confidential by the doctors and the hospital.

#### *The Conduct of the Police*

The appellant submits that the conduct of the police in obtaining the specific medical information from Dr. Gilbert violated the appellant's rights under both s. 7 and s. 8 of the *Charter*. Since I have concluded that the appellant's rights under s. 8 of the *Charter* were violated by the conduct of the police, it is not necessary to determine whether there was also a violation of the appellant's rights under s. 7.

As I have noted above, the appellant had a reasonable expectation of privacy in respect of the information revealed to the police by Dr. Gilbert. The obtaining of that information by the police in the circumstances of this case is analogous to a search or a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

The information at issue was obtained from Dr. Gilbert without a search warrant, rendering the search by the police *prima facie* unreasonable: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417. The respondent has not satisfied the burden of rebutting this presumption of unreasonableness. It has not been demonstrated that there is any basis in statute or under the common law for this search and/or seizure. Nor was there any emergency in the sense of the evidence being in danger

police des renseignements médicaux précis sur l'appellant sans le consentement de ce dernier, le Dr Gilbert a violé le devoir de common law, qu'il avait envers l'appellant, de préserver le caractère confidentiel de ces renseignements: *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 149 et 150.

Bien qu'il puisse arriver que des médecins et des hôpitaux communiquent des renseignements médicaux neutres, comme la présence du patient à l'hôpital, l'appellant s'attendait raisonnablement, en l'espèce, à ce que les renseignements médicaux divulgués par le Dr Gilbert, y compris les résultats de l'alcootest, soient gardés confidentiels par les médecins et l'hôpital.

#### *Le comportement de la police*

L'appellant soutient que le comportement que la police a adopté pour obtenir du Dr Gilbert des renseignements médicaux précis a violé les droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*. Puisque j'ai conclu que le comportement de la police a violé les droits de l'appellant garantis par l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si les droits que lui garantit l'art. 7 ont également été violés.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'appellant s'attendait raisonnablement à ce que son droit à la vie privée soit respecté quant aux renseignements que le Dr Gilbert a divulgués à la police. L'obtention de ces renseignements par la police, dans les circonstances de la présente affaire, correspond à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Les renseignements en cause ont été obtenus du Dr Gilbert sans qu'un mandat de perquisition ne soit décerné, ce qui rend abusive à première vue la perquisition par la police: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417. L'intimée ne s'est pas acquittée du fardeau de réfuter cette présomption de caractère abusif. Elle n'a pas démontré qu'il y a dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant une telle perquisition ou saisie. Il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'ur-

of being destroyed if the time were taken to obtain a search warrant.

### *Section 1 of the Charter*

Since the respondent has failed to demonstrate that there is any basis under statute or the common law for the conduct of the police in this appeal, that conduct cannot be said to be “prescribed by law” within the meaning of s. 1: *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 187, *per* McLachlin J.

### *Section 24(2) of the Charter*

The blood sample and blood alcohol test results were the product of improper conduct by the appellant’s doctors. While this conduct is not directly subject to the *Charter*, in the context of a subsequent *Charter* breach by police, the doctors’ conduct becomes relevant in considering the effects of admitting the evidence.

The net result of the *Charter* violation by police, in the particular circumstances of this case, was to take advantage of the improper conduct by his doctors in taking the blood sample contrary to the specific instructions of the patient. When this factor is considered together with the seriousness of the *Charter* violation by police and the importance of guarding against a free exchange of information between health care professionals and police, in my view the impugned evidence should be excluded by application of s. 24(2) of the *Charter*.

### V. Disposition of This Appeal

In the absence of the evidence of the appellant’s blood alcohol level, there is no evidence sufficient to sustain convictions on the charges of causing death and bodily harm by having the care and control of a motor vehicle while impaired by alcohol

gence où la preuve risquait d’être détruite si on prenait le temps d’obtenir un mandat de perquisition.

### <sup>a</sup> *L’article premier de la Charte*

Étant donné que l’intimée n’a pas démontré qu’il y avait dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant le comportement de la police en l’espèce, on ne peut dire que ce comportement est prescrit par une règle de droit au sens de l’article premier: *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 187, motifs du juge McLachlin.

### *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

L’échantillon de sang et les résultats de l’alcool-test ont été obtenus grâce à un comportement irrégulier de la part des médecins de l’appelant. Bien que ce comportement ne soit pas directement assujéti à la *Charte*, dans le contexte d’une violation subséquente de la *Charte* par la police, le comportement des médecins devient pertinent pour déterminer les effets de l’admission de ces éléments de preuve.

Dans les circonstances particulières de la présente affaire, la violation de la *Charte* par la police lui a permis, en fin de compte, de profiter du comportement irrégulier que les médecins de l’appelant ont adopté en prélevant l’échantillon de sang contrairement aux directives précises de leur patient. Pour cette raison et compte tenu de la gravité de la violation de la *Charte* par la police et de l’importance d’empêcher le libre échange de renseignements entre les professionnels de la santé et la police, j’estime que la preuve attaquée devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

### <sup>i</sup> V. Dispositif

En l’absence de la preuve de l’alcoolémie de l’appelant, il n’y a aucun élément de preuve suffisant pour maintenir les déclarations de culpabilité prononcées contre lui relativement aux accusations d’avoir causé la mort et des lésions corporelles en

or a drug ("the care and control charges"). Those charges are dismissed.

While there remains evidence to support charges of causing death and bodily harm by criminal negligence ("the criminal negligence charges"), this is not an appropriate case in which to apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In the result, a new trial is directed on the criminal negligence charges.

## VI. Conclusion

I would allow the appeal, direct that acquittals be entered on the care and control charges, and order a new trial on the criminal negligence charges.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague, Justice Major, and concur in the result. I do, however, find that the case at hand raises particular points, with regard to the exclusion of evidence through the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that necessitate further comment, particularly since they were raised and discussed at length before us.

This Court, in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, has set out three factors which must be considered in the determination of whether evidence obtained in violation of s. 8 should be excluded pursuant to s. 24(2). These three factors include consideration of the effect the admission would have on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* violation and whether excluding the evidence would cause greater disrepute to the administration of justice than the admission of the impugned evidence.

ayant la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue («les accusations de garde et de contrôle»). Ces

<sup>a</sup> accusations sont rejetées.

Alors qu'il subsiste une preuve à l'appui des accusations d'avoir, par négligence criminelle, causé la mort et des lésions corporelles («les accusations de négligence criminelle»), il ne convient pas en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. En conséquence, un nouveau procès est ordonné relativement aux accusations de négligence criminelle.

## VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner l'inscription de verdicts d'acquiescement relativement aux accusations de garde et de contrôle, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant aux accusations de négligence criminelle.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et je suis d'accord avec la conclusion qu'il propose. Toutefois, en ce qui concerne l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la présente affaire soulève, à mon avis, des points particuliers qui nécessitent des observations supplémentaires étant donné, particulièrement, qu'ils ont été soulevés et discutés au long devant nous.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a énoncé trois facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si des éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 devraient être exclus conformément au par. 24(2). Ces trois facteurs comprennent l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et la question de savoir si l'exclusion de la preuve contestée déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission.

In the case at hand, the preliminary question one must ask is whether the evidence obtained would have been discovered had the *Charter* violation not occurred. The difficulty with which one is faced when attempting to apply the principles of *Collins* to the facts at hand, is that one must canvass the initial questions of discoverability and classification of evidence prior to any further examination. The appellant argues that, since this matter was not properly canvassed in the lower courts, this is a question to be determined at trial and not by this Court. In my view, there are two alternative responses to the appellant's argument. First, one must examine if, in fact, the Court does have sufficient evidence to determine whether the impugned blood sample and test results were discoverable. Secondly, other grounds of investigation under the second and third factors set out in *Collins* may make it unnecessary to arrive at a determinative conclusion on the first arm of the test.

Pursuant to *Collins, supra*, the admission of evidence that would have been unlikely to have been discovered, had the *Charter* violation not occurred, severely affects the fairness of the trial. On the other hand, if the evidence had been discoverable regardless of the *Charter* violation, the fairness of the trial will not be influenced. The Alberta Court of Appeal expressed such a view in *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 with respect to real pre-existing evidence. However, in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, this Court held that the admission of evidence being of a self-incriminatory nature would normally render the trial unfair, regardless of discoverability. Thus, one must examine whether the blood samples and the test results in this case constitute real or self-incriminatory evidence. In this regard, I find the analysis by Jack Watson, in his article "Blood Samples: Are They Real or Not?" (1990), 2 *J.M.V.L.* 173, very valuable. He writes, at p. 174:

It is not correct . . . automatically to characterize blood samples as always "self-incriminatory evidence" merely

En l'espèce, la question préliminaire est de savoir si les éléments de preuve obtenus auraient été découverts n'eût été la violation de la *Charte*. Le problème qui se pose, lorsqu'on tente d'appliquer les principes de l'arrêt *Collins* aux faits de l'espèce, est qu'avant tout autre examen, il faut examiner en profondeur les questions préliminaires que sont la possibilité de découvrir l'élément de preuve et sa classification. L'appellant soutient que, vu que cette question n'a pas été examinée de façon appropriée par les tribunaux d'instance inférieure, il s'agit d'un point qui doit être tranché en première instance et non par notre Cour. À mon avis, il y a deux réponses possibles à l'argument de l'appellant. Premièrement, il faut décider si la Cour dispose, en fait, de suffisamment d'éléments de preuve pour déterminer si l'échantillon de sang et les résultats du test attaqués pouvaient être découverts. Deuxièmement, il se peut qu'en raison des autres moyens d'enquête en vertu des deuxième et troisième facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, il ne soit pas nécessaire d'arriver à une conclusion déterminante sur le premier volet du critère.

Conformément à l'arrêt *Collins*, précité, l'utilisation d'une preuve qui n'aurait vraisemblablement pas été découverte, n'eût été la violation de la *Charte*, porte gravement atteinte à l'équité du procès. Par ailleurs, si la preuve pouvait être découverte indépendamment de la violation de la *Charte*, l'équité du procès n'en serait pas compromise. La Cour d'appel de l'Alberta a été de cet avis dans l'arrêt *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 relativement à une preuve matérielle préexistante. Toutefois, dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, notre Cour a conclu que, normalement, l'utilisation d'un élément de preuve auto-incriminant rendrait le procès inéquitable, indépendamment de la possibilité de le découvrir. Par conséquent, il faut examiner si les échantillons de sang et les résultats du test constituent ici des éléments de preuve matériels ou auto-incriminants. À cet égard, je considère fort utile l'analyse que fait Jack Watson, dans son article «Blood Samples: Are They Real or Not?» (1990), 2 *J.M.V.L.* 173, lorsqu'il écrit, à la p. 174:

[TRADUCTION] Il ne convient pas [. . .] de caractériser automatiquement les échantillons de sang comme étant

because they formed part of the subject at one time, nor is it correct to automatically characterize them as always "real evidence" because they are actually handled in a physical sense and treated like other real evidence at the court stages.

The question of "conscriptio" by an agency of the state is . . . key to the assessment of whether the blood samples in a given case will be considered real or self-incriminatory evidence.

"Conscriptio" is the term compendiously describing the process which, contrary to adjudicative fairness, involves an agent of the state, without lawful authority meeting Constitutional prerequisites, extracting from a detainee or a "person charged" evidence which owes its existence to the conscription process. In effect, it is a situation where the detainee or "person charged" is being compelled to self-incriminate.

If blood has separated from a detainee or "person charged" into seizable samples without the involvement of an agent of the state, then the samples do not owe their existence to the agent of the state, and cannot rationally be said to have been conscripted by that agent nor, hence, by the state itself. . . .

In *R. v. Mazurek* (1989), 15 M.V.R. (2d) 80 (Ont. Dist. Ct.), the court reached the conclusion that, with respect to blood-alcohol test from a blood sample taken for medical purposes prior to any *Charter* violation, "[t]he blood-alcohol test documents . . . constitute real evidence which existed irrespective of the *Charter* right violation. That evidence would not affect the fairness of the trial on the sole ground that it was improperly obtained" (p. 92). A similar finding was made in *R. v. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158 (Alta. C.A.). Further, this Court in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, determined that, regardless of the nature of the evidence, real or self-incriminatory, if the impugned evidence could not have been discovered had the *Charter* violation not occurred, the fairness of the trial is affected and the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2). There-

toujours «une preuve auto-incriminante» simplement parce qu'ils faisaient partie du sujet à un moment donné, et il ne convient pas non plus de les caractériser automatiquement comme étant toujours une «preuve matérielle» parce qu'ils sont véritablement manipulés au sens physique et sont traités comme d'autres éléments de preuve matériels au stade des procédures judiciaires.

La question de la «mobilisation d'une personne contre elle-même» par un mandataire de l'État est [. . .] essentielle pour déterminer si les échantillons de sang dans une affaire donnée seront considérés comme une preuve matérielle ou auto-incriminante.

La «mobilisation d'une personne contre elle-même» est l'expression qui décrit de façon concise le processus qui, contrairement à l'équité décisionnelle, pour lequel un mandataire de l'État, sans autorisation légale conforme aux exigences préalables de la Constitution, obtient d'une personne détenue ou «inculpée» un élément de preuve qui doit son existence au processus de mobilisation de cette personne contre elle-même. En fait, il s'agit d'une situation où la personne détenue ou «inculpée» est forcée à s'auto-incriminer.

Si le sang d'une personne détenue ou «inculpée» a coulé et a formé, sans l'intervention d'un mandataire de l'État, des échantillons saisissables, alors ces échantillons ne doivent pas leur existence au mandataire de l'État et on ne peut raisonnablement affirmer que c'est ce mandataire et donc l'État lui-même qui les a obtenus en mobilisant la personne en question contre elle-même . . .

Dans la décision *R. c. Mazurek* (1989), 15 M.V.R. (2d) 80 (C. dist. Ont.), la cour est arrivée à la conclusion qu'en ce qui concerne un alcootest effectué à partir d'un échantillon de sang prélevé à des fins médicales avant toute violation de la *Charte*, [TRADUCTION] «[I]es documents relatifs à l'alcootest [. . .] constituent une preuve matérielle dont l'existence n'a aucun rapport avec la violation du droit garanti par la *Charte*. Cette preuve ne compromettrait pas l'équité du procès pour le seul motif qu'elle a été obtenue irrégulièrement» (p. 92). Une conclusion semblable a été tirée dans l'arrêt *R. c. Brick* (1989), 19 M.V.R. (2d) 158 (C.A. Alb.). En outre, dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, notre Cour a décidé que, peu importe que la preuve soit matérielle ou auto-incriminante, l'équité du procès est compromise si la preuve contestée n'a pu être découverte sans viola-

fore, in my opinion, regardless of the classification one gives the impugned evidence in this case, the question of discoverability must be tackled.

In this regard, the respondent argues that the appellant's blood sample, which was subsequently tested for blood alcohol content, was discoverable on the basis that the police officer had reasonable and probable grounds upon which to obtain a search warrant. Information received upon request from the attending physician indicated that a blood sample had been taken; as well the officer had reason to believe that the appellant had consumed alcohol prior to the incident. Secondly, the blood sample and the results of the tests constituted real discoverable evidence. The evidence existed prior to the *Charter* violation and was not created by the actions of the police. It is on this basis that the British Columbia Court of Appeal determined that the application of the principle of "discoverability", as in *R. v. Meddoui, supra*, resulted in the admission of evidence, which, in their view, would have been discovered without the breach of the *Charter* and, as such, the admission of this evidence did not bring the administration of justice into disrepute.

The appellant submits, however, that the Court of Appeal erred in failing to recognize that the blood samples and the print-out of the test results of the blood samples were taken improperly. Referring to *R. v. Meddoui, supra*, the appellant argues that, if the "discoverability test" is to be valid, this Court should focus on whether or not the information was discoverable through a lawful means. The appellant further submits that the information provided by the doctor in breach of his duty renders the evidence not discoverable because the improperly obtained information was the basis for the search warrant eventually obtained.

tion de la *Charte*, et cette preuve doit être exclue conformément au par. 24(2). Par conséquent, je suis d'avis que, peu importe la manière dont la preuve contestée est classée en l'espèce, la question de la possibilité de la découvrir doit être examinée.

À cet égard, l'intimée soutient que l'échantillon de sang de l'appellant, qui a, par la suite, fait l'objet d'un alcootest, pouvait être découvert parce que l'agent de police avait des motifs raisonnables et probables lui permettant d'obtenir un mandat de perquisition. Les renseignements obtenus, sur demande, du médecin traitant indiquaient qu'un échantillon de sang avait été prélevé, et le policier avait des motifs de croire que l'appellant avait consommé de l'alcool avant l'incident. Ensuite, l'échantillon de sang et les résultats des tests constituaient des éléments de preuve matériels qui pouvaient être découverts. Les éléments de preuve existaient avant la violation de la *Charte* et n'ont pas été créés par les actions de la police. C'est pour ce motif que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que l'application du principe de la «possibilité de découvrir la preuve», comme dans l'arrêt *R. c. Meddoui*, précité, entraînait l'admission de la preuve qui, selon elle, aurait été découverte sans la violation de la *Charte* et qu'à ce titre l'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

L'appellant soutient, toutefois, que la Cour d'appel a commis une erreur en ne reconnaissant pas que les échantillons de sang et l'imprimé des résultats du test avaient été obtenus irrégulièrement. Se référant à l'arrêt *R. c. Meddoui*, précité, l'appellant soutient que, si le «critère de la possibilité de découvrir la preuve» doit être valide, notre Cour devrait mettre l'accent sur la question de savoir si les renseignements pouvaient être découverts légalement. L'appellant soutient, en outre, que les renseignements fournis par le médecin, en contravention de l'obligation qui lui incombait, font en sorte que la preuve ne pouvait être découverte parce que le mandat de perquisition éventuellement décerné l'a été en fonction des renseignements obtenus irrégulièrement.



I find, as did Major J., that the conduct of the doctor must be examined in light of the subsequent police actions. However, in my view, the evidence may have been discovered in a lawful way and in the absence of a *Charter* violation, since the police already had probable cause sufficient to obtain a search warrant. As a result, the fairness of the trial is not necessarily adversely affected by its admission. In any event, it is my opinion that the discoverability of the evidence in the case at hand is not determinative of the issues in this appeal. Both the seriousness of the *Charter* violation and whether excluding the evidence would cause greater disrepute to the administration of justice than its admission have to be considered. These constitute the real test in the circumstances of the case and are conclusive of the issues in this appeal. La Forest J., writing for the majority in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, in which a blood sample was obtained improperly, discussed the seriousness of this type of *Charter* violation (at p. 439):

... the sense of privacy transcends the physical. The dignity of the human being is equally seriously violated when use is made of bodily substances taken by others for medical purposes in a manner that does not respect that limitation. In my view, the trust and confidence of the public in the administration of medical facilities would be seriously taxed if an easy and informal flow of information, and particularly of bodily substances from hospitals to the police, were allowed.

When examining a *Charter* violation such as the one here in issue, the above analysis is, in my view, entirely applicable. Although the respondent argues that both the police and the doctors acted in good faith and, therefore, if there was a breach of the appellant's rights, it was not a serious one, I find, as did La Forest J. in *Dymont*, *supra*, that the *Charter* violation was, in fact, very serious. The appellant's right to control the functions of his own body was breached and for that reason, the confidence in one's ability to candidly exchange information with a medical professional was lost. This cannot be treated lightly, whether or not all was

À l'instar du juge Major, je conclus que la conduite du médecin doit être examinée à la lumière des actes subséquents des policiers. Toutefois, j'estime que la preuve aurait pu être découverte légalement et sans violation de la *Charte*, étant donné que les policiers avaient déjà des motifs probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. En conséquence, l'utilisation de la preuve ne porte pas nécessairement atteinte à l'équité du procès. De toute façon, je suis d'avis que la possibilité de découvrir la preuve en l'espèce n'est pas déterminante quant aux questions en litige dans le présent pourvoi. La gravité de la violation de la *Charte* et la question de savoir si l'exclusion de la preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission doivent être examinées. Ces éléments constituent, dans les circonstances de la présente affaire, le véritable test et sont concluants en ce qui concerne les questions en litige dans le présent pourvoi. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, où un échantillon de sang avait été obtenu irrégulièrement, a analysé la gravité de ce genre de violation de la *Charte* (à la p. 439):

... la vie privée ne s'entend pas qu'au sens physique. La dignité de l'être humain est tout aussi gravement atteinte lorsqu'il y a utilisation de substances corporelles, recueillies par des tiers à des fins médicales, d'une manière qui ne respecte pas cette limite. À mon avis, la confiance du public dans l'administration des services médicaux serait mise à rude épreuve si l'on devait autoriser la circulation libre et informelle de renseignements, et particulièrement de substances corporelles, des hôpitaux vers la police.

Lors de l'examen d'une violation de la *Charte* comme celle dont il est ici question, cette analyse est, à mon avis, entièrement applicable. Bien que l'intimée soutienne que les policiers et les médecins ont agi de bonne foi et que, par conséquent, toute atteinte qu'il peut y avoir eu aux droits de l'appelant n'était pas grave, je conclus, à l'instar du juge La Forest dans l'arrêt *Dymont*, précité, que la violation de la *Charte* était effectivement très grave. Il y a eu atteinte au droit de l'appelant de contrôler les fonctions de son propre corps et, pour cette raison, la capacité d'échanger candidement en confiance avec un médecin a été annihilée.

done in good faith, a fact that I do not doubt for a moment. The importance of maintaining confidentiality in the doctor-patient relationship is a long-standing goal which is, as expanded upon in *Dyment, supra*, at p. 433, integrated into the Canadian Medical Association's *Code of Ethics*. In fact, in our modern informational society, where intimate details of one's life may be available through computerized information accessible to many more persons than those initially entrusted with the knowledge, the security that information will be kept in privacy may be even more significant than one could have historically imagined.

The last question which arises is what effect the exclusion of the evidence has on the administration of justice. In this regard, the appellant argues that the exclusion of the impugned evidence does not eliminate all the evidence against him and this, as a result, minimizes any effect the exclusion of the impugned evidence may have on the administration of justice. The admission of the evidence, on the other hand, it is argued, may have a drastic effect on the future frank discussion and interchange between patients and doctors, as discussed above. With regard to this final arm of the *Collins* test, La Forest J., in *Dyment, supra*, held that violation of personal privacy of such a nature warranted the exclusion of evidence and, in so doing, referred to the following passage of the trial judge's reasons (at p. 440):

... I find that the manner in which the sample was here obtained would bring the administration of justice into disrepute. I have reached this conclusion because I consider the breach of [the accused's] Charter rights to have been flagrant. Time was not a factor in this case and there were other investigative techniques that could have been used to obtain the evidence.

The respondent counters these claims submitting that to exclude the evidence would bring the administration of justice into disrepute considering

Une telle situation ne peut être traitée à la légère, peu importe que tout se soit fait de bonne foi, ce dont je ne doute nullement. L'importance de préserver le caractère confidentiel des rapports entre le médecin et son patient est un objectif qui date de longtemps et qui, comme on l'explique à la p. 433 de l'arrêt *Dyment*, précité, a été intégré dans le *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne. En fait, dans notre société moderne dominée par l'information, où les détails les plus intimes de la vie d'une personne peuvent être obtenus grâce à des données informatisées auxquelles ont accès un plus grand nombre de personnes que celles à qui les renseignements en question ont été communiqués initialement, l'assurance que des renseignements demeureront confidentiels peut être encore plus importante qu'on n'aurait pu historiquement l'imaginer.

La dernière question qui se pose porte sur l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. À cet égard, l'appellant fait valoir que l'exclusion de la preuve contestée n'élimine pas tous les éléments de preuve qui pèsent contre lui, ce qui, en conséquence, atténue tout effet que pourrait avoir l'exclusion de la preuve contestée sur l'administration de la justice. Par ailleurs, on soutient que l'utilisation de la preuve peut avoir un effet draconien sur les possibilités futures de discussions franches et d'échanges entre patients et médecins, comme je l'ai déjà mentionné. En ce qui concerne ce dernier volet du critère de l'arrêt *Collins*, le juge La Forest a conclu, dans l'arrêt *Dyment*, précité, qu'une telle atteinte à la vie privée d'une personne justifiait l'exclusion de la preuve et, ce faisant, il a repris l'extrait suivant des motifs du juge du procès (à la p. 440):

[TRADUCTION] ... je constate que la façon dont l'échantillon a été obtenu en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'arrive à cette conclusion parce que je considère que l'atteinte aux droits conférés par la Charte [à l'accusé] était flagrante. Il n'y avait pas urgence en l'espèce et il existait d'autres techniques d'investigation auxquelles on aurait pu avoir recours pour obtenir l'élément de preuve.

L'intimée réfute ces arguments en soutenant que l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en rai-

the seriousness of the offences involved and the prevalence of the particular offence in question, and, further, considering that the police had reasonable and probable grounds to believe that the offences had been committed. Although I agree with the respondent that the offence committed by the appellant is of a very serious nature indeed, in my view, the violation of the appellant's rights was of such a serious nature as to tip the balance in favour of the exclusion of the evidence and such exclusion would not bring the administration of justice into disrepute. My conclusion is based on two points. First, the police, having had a lawful means to obtain the required information, should have used such means and, secondly, the exclusion of the impugned evidence does not eliminate all the evidence against the appellant.

As a result of the application of the principles set out in *Collins, supra*, I agree with my colleague that, in this case, the impugned evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In the result, I would dispose of this appeal as suggested by my colleague.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with Justice Major as well as with the further comments of Justice L'Heureux-Dubé on the exclusion of evidence through the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Kenneth S. Westlake, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for British Columbia, Vancouver.*

son de la gravité des infractions en cause et de la fréquence de l'infraction particulière reprochée et compte tenu du fait que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les infractions avaient été perpétrées. Tout en convenant avec l'intimée que l'infraction commise par l'appelant est très sérieuse, j'estime que la violation des droits de l'appelant est si grave qu'elle milite en faveur de l'exclusion de la preuve et qu'une telle exclusion ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. Ma conclusion est fondée sur deux points. Premièrement, la police aurait dû recourir aux moyens légaux dont elle disposait pour obtenir les renseignements requis et, deuxièmement, l'exclusion de la preuve contestée n'élimine pas tous les éléments de preuve qui pèsent contre l'appelant.

Par application des principes énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité, je suis d'accord avec mon collègue qu'en l'espèce la preuve contestée devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En définitive, je trancherais le pourvoi comme le suggère mon collègue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec le juge Major et avec les observations supplémentaires du juge L'Heureux-Dubé sur l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Kenneth S. Westlake, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Ross Valliant** *Appellant*

v.

**Air Canada** *Respondent*

INDEXED AS: AIR CANADA v. M &amp; L TRAVEL LTD.

File No.: 22416.

1993: April 26; 1993: October 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Trusts — Directors of closely held corporation — Business of corporation a travel agency — Agreement between travel agency and airline for ticket sales — Receipts less commission to be forwarded to airline — Notwithstanding separate trust account for money from ticket sales, money placed in travel agency's general account — Business difficulties resulting in directors making independent and contradictory instructions to bank as to operating account — Bank withdrawing amount owing it on line of credit to travel agency pursuant to terms of credit agreement — Airline suing directors personally for monies owing it — Whether relationship between travel agency and airline one of trust or of debtor and creditor — If trust relationship, whether directors personally liable for breach of trust by corporation.*

Appellant borrowed money on a personal loan, invested it in a travel agency and paid the interest from the agency's general banking account. He became one of the agency's two directors and its vice-president. While both directors had signing authority, the day-to-day operation of the business was left to the other director. The travel agency, on becoming a member of IATA, signed a passenger sales agency agreement with IATA (conferring the right to sell air carrier tickets and receive commissions) and a passenger sales agency agreement with Air Canada (authorizing the agency to receive blank airline ticket stock for Air Canada and to issue tickets directly to the public). Funds collected from the sale of Air Canada tickets were to be held in trust by the

**Ross Valliant** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Air Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: AIR CANADA c. M &amp; L TRAVEL LTD.

N<sup>o</sup> du greffe: 22416.<sup>b</sup> 1993: 26 avril; 1993: 21 octobre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Fiducies — Administrateurs d'une société à peu d'actionnaires — La société exploite une agence de voyages — Convention entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation pour la vente de billets — Les recettes moins les commissions devaient être remises à la compagnie d'aviation — Nonobstant les comptes en fiducie distincts pour l'argent provenant de la vente des billets, l'argent était déposé dans le compte général de l'agence de voyages — Des difficultés commerciales amènent des administrateurs à donner des instructions divergentes à la banque relativement au compte d'affaires — La banque a retiré les montants qui lui étaient dus sur la marge de crédit de l'agence de voyages aux termes de la convention de crédit — La compagnie d'aviation poursuit les administrateurs personnellement pour les montants qui lui sont dus — Le rapport établi entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation constituait-il une fiducie ou une obligation liant un débiteur et un créancier? — S'il s'agit d'une fiducie, les administrateurs sont-ils responsables personnellement pour la violation de l'obligation fiduciaire par la société?*

L'appelant a emprunté de l'argent au moyen d'un prêt personnel, l'a investi dans une agence de voyages et a payé les intérêts sur le compte de banque général de l'agence. Il est devenu l'un des deux administrateurs de l'agence et son vice-président. Les deux administrateurs avaient le pouvoir de signature mais l'autre administrateur gérait l'entreprise au jour le jour. Lorsqu'elle est devenue membre de l'ATAI, l'agence de voyages a conclu un contrat d'agence de vente passages avec l'ATAI (conférant le droit de vendre des billets d'avion et de toucher des commissions) et un contrat d'agence de vente passages avec Air Canada (autorisant l'agence à recevoir une provision de formulaires de billets à remplir et à distribuer les billets directement au public).

travel agency and were to be paid twice a month to Air Canada. These payments were regularly made until March 1979.

The travel agency obtained an operating line of credit from a chartered bank in 1978. The monies advanced under the line of credit and interest thereon constituted a demand loan in favour of the Bank. Both directors personally guaranteed the loan and authorized the Bank to remove any monies owing on the loan at any time from the agency's general account. Although a trust account was set up by the managing director for the deposit of the airline funds held by the agency, these funds were maintained in the agency's general operating bank account.

A dispute arose between the directors in April 1979. The managing director discovered cancelled cheques for the instalment payments on appellant's personal loan. It was his understanding that appellant had agreed to cease making the payments for the time being and he stopped payment on the last instalment cheque. Appellant suspected the managing director of misappropriating funds and stopped payment on all cheques and withdrawals. At this time, the travel agency owed Air Canada \$25,079.67 for ticket sales.

The travel agency was closed for 10 days. Both directors, through their solicitors, negotiated for the purchase by one of the other's interest and both, during this time, made efforts to pay Air Canada. Appellant testified that he opened a trust account, drew cheques for the monies that were still in the company account, withdrew the stop payment orders, and attempted to transfer the funds into the new trust account. The Bank refused to transfer the funds or to honour the cheques made out to Air Canada because of the conflicting instructions from the two directors. The Bank, after sending demand notices, withdrew the full amount owing it under the line of credit from the travel agency's general account.

Air Canada sued the travel agency and both directors personally for the money owed to it for ticket sales. Its claim against the travel agency was successful but the claim against the two directors was dismissed. Air Canada successfully appealed the judgment as it related to the two directors and judgment was entered against them as well. At issue here were: (1) whether the relationship between travel agency and respondent was one

L'agence de voyages devait détenir en fiducie les fonds provenant de la vente de billets d'Air Canada et les lui verser deux fois par mois. Jusqu'en mars 1979, ces paiements ont été faits régulièrement.

<sup>a</sup> L'agence de voyages a obtenu une marge de crédit d'exploitation d'une banque à charte en 1978. Les sommes avancées conformément à la marge de crédit et les intérêts dus constituaient un prêt remboursable sur demande de la banque. Les deux administrateurs ont garanti personnellement le prêt et autorisé la banque à retirer du compte général de l'agence toute somme due sur celui-ci. Bien que l'administrateur délégué ait ouvert un compte en fiducie afin d'y déposer les fonds de la compagnie d'aviation détenus par l'agence, ces fonds ont été gardés dans un compte d'affaires général de l'agence à la banque.

<sup>d</sup> En avril 1979, un conflit est intervenu entre les administrateurs. L'administrateur délégué a découvert des chèques payés au titre des versements échelonnés sur le prêt personnel de l'appelant. Il était d'avis que l'appelant avait consenti à cesser les paiements pour le moment et a fait opposition au chèque tiré pour le dernier versement. L'appelant a soupçonné l'administrateur délégué de détourner des fonds et a fait opposition à tous les chèques et retraits. À ce moment-là, l'agence devait 25 079,67 \$ à Air Canada pour des billets vendus.

<sup>f</sup> L'agence de voyages a été fermée pendant 10 jours. Les deux administrateurs, par l'entremise de leurs avocats, ont négocié l'achat de leur participation respective et, durant ce temps, tous deux ont fait un effort pour payer Air Canada. L'appelant a témoigné avoir ouvert un compte en fiducie, tiré des chèques pour les sommes non utilisées dans le compte de la société, mis fin à l'opposition aux chèques et tenté de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie. La banque a refusé de virer les fonds ou d'honorer les chèques tirés à l'ordre d'Air Canada à cause des instructions divergentes des deux administrateurs. Après avoir envoyé des avis relatifs au prêt remboursable sur demande, la banque a retiré le montant complet de la dette en vertu de la marge de crédit du compte d'affaires général de l'agence.

<sup>i</sup> Air Canada a poursuivi l'agence et les deux administrateurs personnellement, au sujet de la somme due pour les billets vendus. Elle a eu gain de cause contre l'agence de voyages mais son action contre les administrateurs a été rejetée. Air Canada a interjeté appel avec succès contre les deux administrateurs et un jugement a également été inscrit contre eux. Les questions en l'espece sont les suivantes: (1) le rapport établi entre

of trust, or one of debtor and creditor; and (2) if the relationship was one of trust, under what circumstances could the directors of a corporation be held personally liable for breach of trust by the corporation, and were those circumstances present here. The legal issue raised by this second ground of appeal concerned the standards for the imposition of personal liability to be applied to strangers who participate in a breach of trust. Although involving a corporation, the case fell to be resolved on trust principles, and does not raise general questions of the personal liability of directors for the acts of the corporation.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The relationship was conceded to be one of trust. The wording of the agreement evidenced an intention to create a trust. Respondent was the object of the trust and the money collected for ticket sales its subject matter. Given the intention to create a trust in the agreement between the travel agency and respondent, the absence of a prohibition on the commingling of funds could be considered but was not determinative of the type of relationship. The setting up of the trust account and the fact that the IATA agreement allowed the travel agency to affect Air Canada's legal responsibilities indicated a relationship consistent with a trust relationship. The travel agency breached the trust when it failed to account to the respondent for the monies collected through sales of Air Canada tickets.

The imposition of personal liability on a stranger to a trust depends on whether the stranger's conscience is sufficiently affected to justify the imposition of personal liability. A stranger to the trust can be held liable as a constructive trustee for breach of trust (*trustee de son tort*). The stranger, although not appointed a trustee, takes on him- or herself to act as trustee and to possess and administer trust property and becomes liable if he or she commits a breach of trust while acting as a trustee. This type of liability is inapplicable here because the directors did not personally take possession of trust property or assume the office or function of trustees.

l'agence et l'intimée constitue-t-il une fiducie ou une obligation entre débiteur et créancier? (2) s'il s'agit d'une fiducie, dans quelles circonstances les administrateurs d'une société peuvent-ils être tenus personnellement responsables de la violation de la fiducie par la société, et ces circonstances existaient-elles en l'espèce? La question de droit posée par ce second moyen d'appel fait entrer en jeu les normes qui régissent l'attribution d'une responsabilité personnelle aux tiers qui participent à la violation d'une fiducie. Bien qu'une société par actions soit en cause, l'affaire doit être tranchée selon les principes applicables à la fiducie et elle ne soulève pas de questions générales touchant la responsabilité personnelle des administrateurs pour les actes de la société.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Il a été concédé que le rapport était une fiducie. L'intention de créer une fiducie ressort du texte du contrat. Le bénéficiaire est l'intimée et les biens assujettis à la fiducie sont les fonds encaissés par suite de la vente de billets. Comme l'intention de créer une fiducie est exprimée dans le contrat entre l'agence de voyages et l'intimée, on peut tenir compte de l'absence d'interdiction de regrouper les fonds mais elle n'est pas déterminante à l'égard du genre de rapport. L'ouverture du compte en fiducie et le fait que l'accord de l'ATAI permettait à l'agence de voyages d'influer sur les responsabilités juridiques d'Air Canada indiquaient un rapport compatible avec l'existence d'une fiducie. L'agence de voyages a violé l'obligation fiduciaire quand elle n'a pas rendu compte à l'intimée des sommes perçues par suite de la vente de ses billets.

L'attribution d'une responsabilité personnelle à un tiers à une fiducie est subordonnée à la question de savoir si la conscience du tiers est suffisamment en cause pour que soit justifiée l'attribution d'une responsabilité personnelle. La responsabilité pour la violation d'une fiducie peut être attribuée à un tiers en qualité de fiduciaire par interprétation (fiduciaire «de son tort»). Le tiers, bien qu'il n'ait pas été nommé fiduciaire, prend sur lui d'agir comme fiduciaire et de détenir et d'administrer les biens en fiducie, et devient responsable s'il manque à une de ses obligations pendant qu'il agit comme fiduciaire. Ce type de responsabilité est inapplicable en l'espèce parce que les administrateurs n'ont pas pris possession personnellement des biens en fiducie et ne se sont pas attribué la charge ou la fonction de fiduciaire.

Strangers to the trust can also be personally liable for breach of trust if they knowingly participate in a breach of trust. They either were acting as a trustee in receipt and chargeable with trust property (a constructive trusteeship termed "knowing receipt") or they knowingly assisted in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees (termed "knowing assistance"). Since the "knowing receipt" category did not apply here, the only basis upon which the directors could be held personally liable was as constructive trustees under the "knowing assistance" head of liability. This basis of liability raises two main issues: the nature of the breach of trust and the degree of knowledge required of the stranger.

The knowledge requirement for this "knowing assistance" type of liability is actual knowledge; recklessness or wilful blindness will suffice. A person will be deemed to have known of the trust if it was imposed by statute. If the trust was contractually created, then whether the stranger knew of the trust will depend on his or her familiarity or involvement with the contract.

The receipt of a benefit as a result of the breach of trust will be neither a sufficient nor a necessary condition for the drawing of an inference that a stranger knew of the breach. Constructive notice has been found to be insufficient to bind the stranger's conscience so as to give rise to personal liability. While cases involving recklessness or wilful blindness indicate a want of probity which justifies imposing a constructive trust, the carelessness involved in constructive knowledge cases will not normally amount to a want of probity, and will therefore be insufficient to bind the stranger's conscience.

Whether the breach of trust was fraudulent and dishonest must be considered, not whether the appellant's actions should be so characterized. The stranger will be liable if he or she knowingly assisted the trustee in a fraudulent and dishonest breach of trust. Therefore, it is the corporation's actions which must be examined. Where the trustee is a corporation, rather than an individual, the inquiry as to whether the breach of trust was dishonest and fraudulent may be more difficult to conceptualize, because the corporation can only act through human agents who are often the strangers to the trust whose liability is in issue. The appellant's actions were

Une responsabilité personnelle peut incomber à des tiers en cas de manquement à une obligation fiduciaire s'ils participent sciemment à ce manquement. Ils agissaient soit à titre de fiduciaires parce qu'ils avaient reçu des biens en fiducie et devaient en rendre compte (fiducie par interprétation appelée «réception en connaissance de cause»), soit parce qu'ils avaient sciemment aidé les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux (appelée «aide apportée en connaissance de cause»). Étant donné que la catégorie de la «réception en connaissance de cause» ne s'applique pas en l'espèce, une responsabilité personnelle ne peut être attribuée aux administrateurs que s'ils ont apporté une «aide en connaissance de cause». La responsabilité qui repose sur ce fondement soulève deux questions principales: la nature de la violation de l'obligation fiduciaire, et le degré de connaissance exigé du tiers.

La connaissance requise pour la responsabilité fondée sur l'«aide en connaissance de cause» est la connaissance de fait; l'insouciance ou l'ignorance volontaire suffiront également. Une personne est réputée savoir qu'il y a une fiducie en cas de fiducie en vertu d'une loi. En cas de fiducie conventionnelle, la question de savoir si le tiers était au courant de la fiducie dépend de sa connaissance du contrat ou de sa participation à celui-ci.

Le fait de tirer avantage de la violation de l'obligation fiduciaire n'est ni une condition suffisante ni une condition nécessaire pour conclure que le tiers était au courant de la violation. Il a été décidé que la connaissance présumée était insuffisante pour que la conscience d'un tiers soit en cause au point qu'il puisse être tenu personnellement responsable. En cas d'insouciance ou d'ignorance volontaire, on peut déduire une absence de probité qui justifie l'attribution d'une fiducie par interprétation, mais le manque de diligence démontré dans les cas où il y a connaissance présumée n'équivaut normalement pas à un manque de probité et sera par conséquent insuffisant pour que la conscience du tiers puisse être mise en cause.

Il faut examiner si la violation de l'obligation fiduciaire a été frauduleuse et malhonnête, et non si les actions de l'appelant doivent être ainsi qualifiées. Le tiers sera tenu responsable s'il a sciemment aidé le fiduciaire à violer l'obligation fiduciaire frauduleusement et malhonnêtement. Par conséquent, ce sont les actions de la société qu'il faut examiner. Lorsque le fiduciaire est une société par actions, et non un particulier, il peut être plus difficile de trancher la question de savoir si la violation de l'obligation fiduciaire a été malhonnête et frauduleuse parce que la société ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques qui sont souvent les

relevant to this examination, given the extent to which the travel agency was controlled by the defendant directors.

The breach of trust by the travel agency was dishonest and fraudulent from an equitable standpoint. The taking of a knowingly wrongful risk resulting in prejudice to the beneficiary is sufficient to ground personal liability. As a party to the contract between itself and the respondent, the travel agency knew that the Air Canada monies were held in trust for the respondent, and were not for the general use of the travel agency. It set up trust accounts, but never used them. It also knew that any positive balance in its general account was subject to the Bank's demand. By placing the trust monies in the general account which were then subject to seizure by the Bank, the travel agency took a risk to the prejudice of the rights of the respondent beneficiary, Air Canada. It had no right to take this risk.

Appellant participated or assisted in the breach of trust. He dealt with the funds in question — he stopped payment on all cheques, opened a trust account, and attempted to withdraw the stop payment orders and to transfer the funds into the new trust account in order to pay the respondent. The breach of trust was directly caused by the conduct of the defendant directors. Their actions in stopping payment on the cheques to protect their own interests not only prevented payment on cheques issued to Air Canada but also precipitated the seizure by the Bank of the only funds available in the unprotected general account. The directors are personally liable for the breach of trust as constructive trustees provided that the requisite knowledge on the part of the directors is proved.

The knowledge requirement will not generally be a difficult hurdle to overcome in cases involving directors of closely held corporations. Such directors, if active, usually have knowledge of all of the actions of the corporate trustee. Here, however, the appellant was not as closely involved with the day-to-day operations as was the other director. He nevertheless knew of the terms of the agreement between the travel agency and the respondent airline because he signed that agreement and he knew that the trust funds were being deposited in the general bank account, which was subject to the demand loan from the Bank. This constitutes actual knowledge

tierces parties dont la responsabilité est en cause. Les actions de l'appelant étaient pertinentes dans cet examen, étant donné le degré de contrôle exercé sur l'agence de voyages par les administrateurs défendeurs.

<sup>a</sup> La violation de l'obligation fiduciaire par l'agence de voyages était malhonnête et frauduleuse selon les principes de l'*equity*. Le fait de courir sciemment et de manière injustifiée un risque au détriment du bénéficiaire est suffisant pour légitimer l'attribution d'une responsabilité personnelle. En tant que partie au contrat conclu entre elle-même et l'intimée, l'agence de voyages savait que les sommes appartenant à Air Canada étaient détenues en fiducie au nom de celle-ci et ne devaient pas être affectées aux activités générales de l'agence de voyages. Elle a ouvert des comptes en fiducie, mais ne les a jamais utilisés. Elle savait également que tout solde positif dans son compte général pouvait être demandé par la banque. En plaçant les fonds en fiducie dans le compte général qui était susceptible d'être saisi par la banque, l'agence de voyages a couru un risque au détriment des droits d'Air Canada, bénéficiaire intimée. Elle n'avait pas le droit de courir ce risque.

<sup>e</sup> L'appelant a participé ou aidé à la violation d'une obligation fiduciaire. Il a géré les fonds en question — il a fait opposition au paiement de tous les chèques, a ouvert un compte en fiducie et tenté de retirer l'opposition au paiement et de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie afin de rembourser l'intimée. La violation de l'obligation fiduciaire a été causée directement par la conduite des administrateurs défendeurs. Leur action pour faire opposition à des chèques, non seulement a empêché le paiement de chèques tirés à l'ordre d'Air Canada, mais a hâté la saisie par la banque des seuls fonds se trouvant dans le compte général non protégé. Les administrateurs sont personnellement responsables de la violation d'une obligation fiduciaire à titre de fiduciaires par interprétation, à la condition qu'il soit prouvé qu'ils avaient la connaissance voulue.

<sup>h</sup> La connaissance exigée ne sera généralement pas un obstacle difficile à surmonter lorsqu'il s'agit d'administrateurs d'une société à peu d'actionnaires. Ces administrateurs, s'ils jouent un rôle actif, sont d'ordinaire au courant de toutes les actions de la société fiduciaire. En l'espèce, toutefois, l'appelant ne prenait pas une part aussi active aux activités quotidiennes que l'autre administrateur. Il connaissait néanmoins les conditions de l'accord entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation intimée, puisqu'il a signé le contrat et qu'il savait en outre que les fonds en fiducie étaient déposés dans le compte en banque général, qui était assujéti au



of the breach of trust because even without subjective knowledge of the breach of trust, given the facts of which he did have subjective knowledge, he was wilfully blind to the breach, or reckless in his failure to realize that there was a breach. Furthermore, appellant received a benefit from the breach of trust, in that his personal liability to the Bank on the operating line of credit was extinguished. Therefore, he knowingly and directly participated in the breach of trust, and is personally liable to the respondent airline for that breach.

*Per McLachlin J.:* The relationship between the corporation and Air Canada was one of trust, not debtor and creditor. Appellant was clearly liable as a constructive trustee for the breach of trust which the corporation committed respecting Air Canada's account.

A number of issues should not be decided here but rather left for consideration in cases in which they might arise. A stranger to a trust must know of his or her participation in a breach of trust to be personally liable for it. It was not necessary, however, to decide whether subjective knowledge (actual knowledge of the breach or wilful blindness and recklessness) or objectively determined knowledge (what a reasonably diligent person would have known) is necessary. The evidence here met the higher standard of subjective knowledge. It was also unnecessary to decide whether any breach could give rise to liability or whether the breach had to be fraudulent or dishonest because the breach here was fraudulent and dishonest in the sense that it involved a risk to the property to the prejudice of the beneficiary. Lastly, a decision as to whether liability could be imposed in the absence of personal benefit did not need to be made because appellant benefitted personally from the breach.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Considered:** *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. J. A. (Fred) Chalmers & Co.* (1969), 7 D.L.R. (3d) 283; *Henry Electric Ltd. v. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481; *Andrea Schmidt Construction Ltd. v. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567; *R. v. Lowden* (1981), 27 A.R. 91; *Ste-*

prêt à demande de la banque. Cela équivaut à la connaissance de fait de la violation d'une obligation fiduciaire parce que, même en l'absence de connaissance subjective de la violation de l'obligation fiduciaire, étant donné les faits dont il avait la connaissance subjective, il a fait preuve d'ignorance volontaire de la violation, ou d'insouciance en ne se rendant pas compte de la violation. Par surcroît, l'appelant a tiré avantage de la violation d'une obligation fiduciaire, en ce sens que son engagement personnel envers la banque à l'égard de la marge de crédit d'exploitation a été éteint. Par conséquent, il a sciemment et directement participé à la violation d'une obligation fiduciaire et est personnellement responsable envers la compagnie d'aviation intimée de cette violation.

*Le juge McLachlin:* Il existait un rapport de fiduciaire entre la société et Air Canada et non un rapport de débiteur et créancier. L'appelant était clairement responsable à titre de fiduciaire par interprétation de la violation d'une obligation fiduciaire que la société a commise relativement au compte d'Air Canada.

Un certain nombre de questions ne devraient pas être tranchées en l'espèce mais plutôt examinées dans des affaires où elles pourront être soulevées. Le tiers à une fiducie doit participer en connaissance de cause à la violation pour en être tenu personnellement responsable. Toutefois, il n'est pas nécessaire de décider si la connaissance requise doit être subjective (une connaissance de fait de la violation ou l'ignorance volontaire et l'insouciance) ou déterminée de façon objective (ce qu'une personne raisonnablement diligente aurait dû savoir). La preuve en l'espèce satisfait à la norme plus élevée de la connaissance subjective. De plus, il n'est pas nécessaire de déterminer si toute violation pourrait entraîner la responsabilité ou si la violation devait être frauduleuse et malhonnête car la violation en l'espèce était frauduleuse et malhonnête dans le sens qu'il y avait un risque pour les biens au détriment du bénéficiaire. Finalement, il n'est pas nécessaire de décider si la responsabilité pourrait être attribuée en l'absence d'avantage personnel parce que, en l'espèce, l'appelant a tiré un avantage personnel de la violation.

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêts examinés:** *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. J. A. (Fred) Chalmers & Co.* (1969), 7 D.L.R. (3d) 283; *Henry Electric Ltd. c. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481; *Andrea Schmidt Construction Ltd. c. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567; *R. c. Lowden* (1981), 27 A.R.

*phens Travel Service International Pty. Ltd. v. Qantas Airways Ltd.* (1988), 13 N.S.W.L.R. 331; *M. A. Hanna Co. v. Provincial Bank of Canada*, [1935] S.C.R. 144; *In re Penn Central Transportation Co.*, 328 F.Supp. 1278 (1971), rev'd 486 F.2d 519 (1973); *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] Ch. 264; *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073; *Barnes v. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; *Baden, Delvaux & Lecuit v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France S.A.*, [1983] B.C.L.C. 325 (Ch.), aff'd [1985] B.C.L.C. 258 (C.A.); *Belmont Finance Corp. v. Williams Furniture Ltd. (No. 1)*, [1979] 1 All E.R. 118; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 367; *MacDonald v. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110; *Scott v. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67; *Horsman Bros. Holdings Ltd. v. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. v. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Austin v. Habitat Development Ltd.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 359; **disapproved:** *In re Morales Travel Agency*, 667 F.2d 1069 (1981); **referred to:** *Myrta Forastieri v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,145 (1983); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233, aff'd (1990), 71 O.R. (2d) 63 (note); *Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)*, [1984] 4 W.W.R. 232; *McEachren v. Royal Bank* (1990), 78 Alta. L.R. (2d) 158; *Henry v. Hammond*, [1913] 2 K.B. 515; *Air Traffic Conference v. Downtown Travel Center, Inc.*, 14 Avi. 17,172 (1976); *Air Traffic Conference of America v. Worldmark Travel, Inc.*, 15 Avi. 18,483 (1980); *International Sales and Agencies Ltd. v. Marcus*, [1982] 3 All E.R. 551; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 All E.R. 1210; *Lee v. Sankey* (1873), L.R. 15 Eq. 204; *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Shields v. Bank of Ireland*, [1901] 1 I.R. 222; *Gray v. Johnston* (1868), L.R. 3 H.L. 1; *Coleman v. Bucks and Oxon Union Bank*, [1897] 2 Ch. 243; *Fonthill Lbr. Ltd. v. Bk. Montreal*, [1959] O.R. 451; *Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 331 (Q.B.), rev'd in part, [1992] 4 All E.R. 409 (C.A.), rev'd in part on other grounds, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.).

By McLachlin J.

**Referred to:** *MacDonald v. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110; *Henry Electric Ltd. v. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481; *Horsman Bros. Holdings Ltd. v. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. v. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Andrea Schmidt Construction Ltd. v.*

*91; Stephens Travel Service International Pty. Ltd. c. Qantas Airways Ltd.* (1988), 13 N.S.W.L.R. 331; *M. A. Hanna Co. c. Provincial Bank of Canada*, [1935] R.C.S. 144; *In re Penn Central Transportation Co.*, 328 F.Supp. 1278 (1971), inf. 486 F.2d 519 (1973); *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] Ch. 264; *Selangor United Rubber Estates, Ltd. c. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073; *Barnes c. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; *Baden, Delvaux & Lecuit c. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France S.A.*, [1983] B.C.L.C. 325 (Ch.), conf. [1985] B.C.L.C. 258 (C.A.); *Belmont Finance Corp. c. Williams Furniture Ltd. (No. 1)*, [1979] 1 All E.R. 118; *Carl-Zeiss-Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 367; *MacDonald c. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110; *Scott c. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67; *Horsman Bros. Holdings Ltd. c. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. c. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Austin c. Habitat Development Ltd.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 359; **arrêt critiqué:** *In re Morales Travel Agency*, 667 F.2d 1069 (1981); **arrêts mentionnés:** *Myrta Forastieri c. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,145 (1983); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233, conf. (1990), 71 O.R. (2d) 63 (note); *Bank of N.S. c. Soc. Gen. (Can.)*, [1984] 4 W.W.R. 232; *McEachren c. Royal Bank* (1990), 78 Alta. L.R. (2d) 158; *Henry c. Hammond*, [1913] 2 K.B. 515; *Air Traffic Conference c. Downtown Travel Center, Inc.*, 14 Avi. 17,172 (1976); *Air Traffic Conference of America c. Worldmark Travel, Inc.*, 15 Avi. 18,483 (1980); *International Sales and Agencies Ltd. c. Marcus*, [1982] 3 All E.R. 551; *Karak Rubber Co. c. Burden (No. 2)*, [1972] 1 All E.R. 1210; *Lee c. Sankey* (1873), L.R. 15 Eq. 204; *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Shields c. Bank of Ireland*, [1901] 1 I.R. 222; *Gray c. Johnston* (1868), L.R. 3 H.L. 1; *Coleman c. Bucks and Oxon Union Bank*, [1897] 2 Ch. 243; *Fonthill Lbr. Ltd. c. Bk. Montreal*, [1959] O.R. 451; *Groves-Raffin Construction Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 331 (B.R.), inf. en partie, [1992] 4 All E.R. 409 (C.A.), inf. en partie pour d'autres motifs, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.).

i Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *MacDonald c. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110; *Henry Electric Ltd. c. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481; *Horsman Bros. Holdings Ltd. c. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. c. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Andrea Schmidt Construction Ltd. c.*

*Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567; *Scott v. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67.

#### Authors Cited

Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 6th ed. London: Butterworths, 1989.

Sullivan, Ruth. "Strangers to the Trust", [1986] *Est. & Tr. Q.* 217.

Underhill, Sir Arthur. *Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 184, 77 D.L.R. (4th) 536, allowing an appeal from a judgment of Flanigan Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

*Peter J. Bishop*, for the appellant.

*Guy L. Poppe* and *Harry G. Leslie*, for the respondent.

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

IACOBUCCI J. — This appeal concerns the personal liability of directors of a closely held corporation for breach of a trust by the corporation. The appellant was one of two directors of a small travel agency which contracted with the respondent airline to sell Air Canada tickets. Two main questions are raised on this appeal. First, was the relationship between the corporation and the respondent airline one of trust? Second, if so, is the appellant director personally liable for the breach of trust by the corporation? The legal issue raised by this second ground of appeal concerns the standards for the imposition of personal liability to be applied to strangers who participate in a breach of trust. Although involving a corporation, the case falls to be resolved on trust principles, and does not raise

*Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567; *Scott c. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67.

#### Doctrine citée

<sup>a</sup> Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 6th ed. London: Butterworths, 1989.

Sullivan, Ruth. «Strangers to the Trust», [1986] *Est. & Tr. Q.* 217.

<sup>b</sup> Underhill, Sir Arthur. *Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.

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

<sup>c</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 184, 77 D.L.R. (4th) 536, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Flanigan de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup> *Peter J. Bishop*, pour l'appellant.

*Guy L. Poppe* et *Harry G. Leslie*, pour l'intimée.

<sup>e</sup> Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société à peu d'actionnaires pour la violation d'une obligation fiduciaire par la société. L'appellant était l'un des deux administrateurs <sup>g</sup> d'une petite agence de voyages qui avait signé un contrat avec la compagnie d'aviation intimée relativement à la vente de billets d'Air Canada. Deux questions principales se posent dans le présent <sup>h</sup> pourvoi. Premièrement, le rapport établi entre la société et la compagnie d'aviation intimée constituait-il une fiducie? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'administrateur appelant est-il personnellement responsable de la violation d'une obligation fiduciaire par la société? La question de droit <sup>i</sup> posée par ce second moyen d'appel fait entrer en jeu les normes qui régissent l'attribution d'une responsabilité personnelle aux tiers qui participent à la violation d'une obligation fiduciaire. Bien <sup>j</sup> qu'une société par actions soit en cause, l'affaire doit être tranchée selon les principes applicables à

general questions of the personal liability of directors for the acts of the corporation.

### I. Background

In 1973, the defendant Phil Martin and one Ross Linton incorporated M & L Travel Limited (M & L) to carry on the business of a travel agency in Ottawa. In 1975, Linton withdrew from the business and Martin continued by himself. In 1977, Martin wanted M & L to become a member of the International Air Transport Association (IATA) so that he could receive larger commissions and issue tickets directly to customers. To become a member, M & L had to fulfil certain requirements. These included having working capital of at least \$20,000 and the sponsorship of a major airline. Therefore, in the fall of 1977, Martin invited the appellant Valliant to become a shareholder and invest in M & L. In January 1978, Valliant invested \$25,550 in M & L and acquired 50 percent of the issued shares. Valliant obtained this money through a personal loan on which he was required to pay monthly instalments of \$752. The trial judge found that Martin had agreed that Valliant could withdraw this amount from M & L's account on a monthly basis until the personal loan was paid in full.

Martin became President of M & L and Valliant its Vice-President, and they were its sole directors. Each had signing authority, but Martin ran the day-to-day business. Valliant, who had no experience with the travel agency business, dropped in occasionally and worked full time, for a salary, only when Martin was ill or on vacation. In November 1978, Valliant brought his wife into the travel agency to deal with problems with M & L's books. She was given signing authority and worked part time for the agency until April 1979.

The IATA accepted the membership application of M & L based on sponsorship by Air Canada. M & L entered into two written agreements. The first was a passenger sales agency agreement between IATA and M & L, executed on September 14, 1978

la fiducie et elle ne soulève pas de questions générales touchant la responsabilité personnelle des administrateurs pour les actes de la société.

### a I. Le contexte

En 1973, le défendeur Phil Martin et un nommé Ross Linton ont constitué la société M & L Travel Limited (M & L), agence de voyages devant exercer son activité à Ottawa. En 1975, Linton s'est retiré de l'affaire et Martin a continué seul. En 1977, Martin a voulu que M & L adhère à l'Association du transport aérien international (ATAI) afin de toucher des commissions plus importantes et de vendre des billets directement aux clients. Pour y adhérer, M & L devait satisfaire à certaines exigences. Parmi celles-ci, on compte un fonds de roulement d'au moins 20 000 \$ et le parrainage d'une importante compagnie d'aviation. Par conséquent, à l'automne de 1977, Martin a invité l'appellant Valliant à devenir actionnaire et à investir dans M & L. En janvier 1978, Valliant a investi 25 550 \$ et a acquis 50 pour 100 des actions émises. Il a obtenu cet argent au moyen d'un prêt personnel qui l'obligeait à rembourser 752 \$ par mois. Le juge de première instance a conclu que Martin avait consenti à ce que Valliant retire cette somme du compte de M & L chaque mois jusqu'au remboursement complet du prêt personnel.

Martin est devenu président de M & L et Valliant, vice-président, et ils en étaient les seuls administrateurs. Chacun était signataire autorisé, mais Martin gérait l'entreprise au jour le jour. Valliant, qui n'avait aucune expérience dans une agence de voyages, passait de temps à autre et ne travaillait à plein temps, contre rémunération, que lorsque Martin était malade ou en vacances. En novembre 1978, Valliant a fait entrer son épouse à l'agence afin qu'elle s'occupe des problèmes posés par la tenue des livres de M & L. Elle est devenue signataire autorisée et a occupé un emploi à temps partiel à l'agence jusqu'en avril 1979.

L'ATAI a accepté la demande d'adhésion de M & L, parrainée par Air Canada. M & L a conclu deux accords écrits. Le premier était un contrat d'agence de vente passages conclu entre l'ATAI et M & L le 14 septembre 1978 et signé par Martin

and signed by Martin as President. This agreement conferred on M & L the right to sell air carrier tickets and receive commissions. Valliant was familiar with the contents of this agreement. The second agreement, also called a passenger sales agency agreement, was entered into between M & L and Air Canada on March 15, 1979 and was signed by Valliant as Vice-President. This agreement authorized M & L to receive blank airline ticket stock from Air Canada and to issue tickets directly to the public. Funds collected from the sale of Air Canada tickets were to be held in trust by M & L and paid twice a month to Air Canada. Until March 1979, these payments were regularly made. The agreement contained the following clause:

All monies, less applicable commissions to which the Agent is entitled hereunder, collected by the Agent for air passenger transportation (and for which the Agent has issued tickets or exchange orders) shall be the property of the Airline, and shall be held in trust by the Agent until satisfactorily accounted for to the airline. All such monies, less applicable commissions to which the Agent is entitled hereunder, shall be remitted to the Airline by the Agent in accordance with the Airline's accounting procedures.

On August 30, 1978, M & L obtained an operating line of credit of \$15,000 from the Provincial Bank of Canada in Ottawa (the Bank). Martin and Valliant personally guaranteed the loan and authorized the Bank to remove from the general account of M & L any monies at any time owing on the loan. The monies advanced under the line of credit and interest thereon constituted a demand loan in favour of the Bank.

Also in 1978, Martin set up trust accounts on behalf of M & L for the deposit of the airline funds. For unexplained reasons, these accounts were never used. Instead, M & L maintained a general operating account with the Bank. Funds from all sources, including the sale of Air Canada tickets, were placed in this account. General operating expenses, the interest on the line of credit,

en qualité de président. Il accordait à M & L le droit de vendre des billets d'avion et de toucher des commissions. Valliant était au courant des clauses de ce contrat. Le second, aussi appelé contrat d'agence de vente passages, a été conclu entre M & L et Air Canada le 15 mars 1979 et a été signé par Valliant en qualité de vice-président. Ce contrat autorisait M & L à recevoir d'Air Canada une provision de formulaires de billets d'avion à remplir, et à vendre les billets directement au public. M & L devait détenir en fiducie les fonds provenant de la vente de billets d'Air Canada et les lui verser deux fois par mois. Jusqu'en mars 1979, ces paiements ont été faits régulièrement. Le contrat contenait la clause suivante:

[TRADUCTION] Toutes les sommes que l'Agent perçoit à l'égard du transport aérien de passagers (et pour lesquelles il a remis des billets ou des bons d'échange), moins les commissions applicables auxquelles il a droit conformément aux présentes, appartiennent à la Compagnie d'aviation, et l'Agent doit les détenir en fiducie, jusqu'à ce qu'il en ait rendu compte de façon satisfaisante à la compagnie d'aviation. L'Agent doit remettre toutes ces sommes, moins les commissions applicables auxquelles il a droit conformément aux présentes, à la Compagnie d'aviation en conformité avec les méthodes comptables de la Compagnie d'aviation.

Le 30 août 1978, M & L a obtenu une marge de crédit d'exploitation de 15 000 \$ de la Banque Provinciale du Canada à Ottawa (la banque). Martin et Valliant ont garanti personnellement le prêt et ont autorisé la banque à retirer du compte général de M & L toute somme due sur celui-ci. Les sommes avancées conformément à la marge de crédit et les intérêts dus constituaient un prêt remboursable sur demande de la banque.

En 1978 également, Martin a ouvert des comptes en fiducie au nom de M & L afin d'y déposer les fonds de la compagnie d'aviation. Pour des raisons inexpliquées, ces comptes n'ont jamais servi. M & L a plutôt utilisé un compte d'affaires général à la banque. Ce compte a été crédité des fonds de toutes provenances, y compris la vente de billets d'Air Canada. Il a été débité des charges générales

Valliant's personal loan payments, and Martin's salary were all paid out of this account.

In April 1979, a dispute arose between Martin and Valliant. Martin, concerned about the poor cash flow position of the agency, went into the office on April 5, 1979. He found the cancelled cheques for the instalment payments on Valliant's personal loan. Martin thought that Valliant had agreed to cease making the payments for the time being, and therefore, Martin called the Bank and stopped payment on the last instalment cheque. He took the day's receipts and a number of cancelled cheques to his lawyer. On April 6, 1979, Valliant noticed the missing funds and documents, and suspected that Martin was misappropriating funds. He changed the locks on the doors and called the Bank and stopped payment on all cheques and withdrawals. At this time, M & L owed Air Canada \$25,079.67 for ticket sales.

Between April 6 and April 16, 1979, the business of M & L was closed. Martin and Valliant, through their solicitors, negotiated for the purchase by one of the other's interest. During this time, both Valliant and Martin made efforts to pay Air Canada. Valliant, in particular, testified that he opened a trust account, drew cheques for the monies that were still in the company account, withdrew the stop payment orders, and attempted to transfer the funds into the new trust account. However, the Bank refused to transfer the funds or to honour the cheques made out to Air Canada because of the conflicting instructions from Martin and Valliant. The Bank, now aware of the financial and managerial difficulties facing M & L, sent a demand notice to Valliant, M & L, and probably Martin on April 23, 1979. On April 24, 1979, the Bank withdrew \$15,184.11 from the operating account, satisfying in full the demand note relating to the line of credit personally guaranteed by both Martin and Valliant.

Air Canada sued M & L and Martin and Valliant personally for the \$25,079.67 owed to it for ticket sales. At trial, Air Canada succeeded against M &

d'exploitation, des intérêts sur la marge de crédit, des versements sur le prêt personnel de Valliant et du salaire de Martin.

En avril 1979, un conflit est intervenu entre Martin et Valliant. Martin, inquiet de la situation de la trésorerie de l'agence, s'est rendu au bureau le 5 avril 1979. Il a trouvé les chèques payés au titre des versements échelonnés sur le prêt personnel de Valliant. Martin croyait que Valliant avait consenti à cesser les paiements pour le moment et, en conséquence, il a appelé la banque et a fait opposition au chèque tiré pour le dernier versement. Il a pris les recettes du jour et un certain nombre de chèques payés et s'est rendu chez son avocat. Le 6 avril 1979, Valliant a remarqué qu'il manquait des fonds et des documents et il a soupçonné Martin de détourner des fonds. Il a changé les serrures des portes et a appelé la banque pour faire opposition à tous les chèques et retraits. À ce moment-là, M & L devait 25 079,67 \$ à Air Canada pour des billets vendus.

Entre le 6 et le 16 avril 1979, M & L a fermé ses portes. Martin et Valliant, par l'entremise de leurs avocats, ont négocié l'achat de leur participation respective. Durant ce temps, Valliant et Martin ont fait un effort pour payer Air Canada. Valliant, en particulier, a témoigné avoir ouvert un compte en fiducie, tiré des chèques pour les sommes non utilisées dans le compte de la société, mis fin à l'opposition aux chèques et tenté de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie. Toutefois, la banque a refusé de virer les fonds ou d'honorer les chèques tirés à l'ordre d'Air Canada à cause des instructions divergentes de Martin et de Valliant. La banque, sachant maintenant que M & L éprouvait des difficultés financières et des problèmes de gestion, a envoyé un avis relatif au prêt remboursable sur demande à Valliant, à M & L et probablement à Martin le 23 avril 1979. Le 24 avril 1979, la banque a retiré 15 184,11 \$ du compte d'affaires, en règlement complet du billet à demande relatif à la marge de crédit garantie personnellement par Martin et Valliant.

Air Canada a poursuivi M & L, ainsi que Martin et Valliant personnellement, au sujet de la somme de 25 079,67 \$ due pour les billets vendus. Au pro-

L but the trial judge dismissed the claim against Martin and Valliant. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal of Air Canada and entered judgment against Martin and Valliant as well.

## II. Judgments Below

### A. *Ontario District Court* (Flanigan Dist. Ct. J.)

The trial judge held that there was clearly a trust relationship between Air Canada and the travel agency, and that the travel agency had breached that trust by failing to protect Air Canada's interest. However, the more difficult question was whether Martin and Valliant were personally liable for breach of trust.

The trial judge stated that the only way in which liability could be imposed on the individual defendants is if they had taken it upon themselves to possess and administer trust property for the beneficiary as if they were trustees. Each individual would then be a trustee *de son tort*. However, the trial judge concluded:

... in this case there is no assumption, in my view, by the individual defendants to assume this trust. It is true, in signing the bank documents they gave the bank the right to do as they did but right up until the last moment they were trying each in their own way effectively or not, to protect the interest of Air Canada to keep their own interest alive by preserving the business of the travel agency. ... So, I see nothing mala fides in the actions of the individual defendants and I think they were inept in some of their actions but, they were in no way, in my view, trustees that breached a trust so far as Air Canada is concerned.

Therefore, the trial judge dismissed the claim against the individual defendants.

### B. *Ontario Court of Appeal* (1991), 2 O.R. (3d) 184 (Griffiths J.A.)

Griffiths J.A. began by noting that it was not contested that there was a trust relationship

cès, Air Canada a eu gain de cause contre M & L, mais le juge a rejeté l'action contre Martin et Valliant. La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel d'Air Canada et a inscrit un jugement contre Martin et Valliant également.

## II. Les juridictions inférieures

### A. *La Cour de district de l'Ontario* (le juge Flanigan)

Le juge de première instance a décidé que, de toute évidence, Air Canada et l'agence de voyages avaient établi une fiducie et que l'agence de voyages a violé son obligation fiduciaire en ne protégeant pas l'intérêt d'Air Canada. Toutefois, la question plus difficile était de savoir si Martin et Valliant étaient personnellement responsables de la violation.

Le juge a dit que le seul motif pour attribuer la responsabilité aux défendeurs à titre individuel serait pour avoir pris possession de biens en fiducie et les avoir administrés pour le compte du bénéficiaire comme s'ils avaient été des fiduciaires. Chacun d'eux serait alors un fiduciaire «de son tort». Toutefois, le juge a conclu:

[TRADUCTION] ... en l'espèce, les défendeurs ne se sont pas attribué individuellement cette fiducie, à mon sens. Il est vrai qu'en signant les documents bancaires, ils ont accordé à la banque le droit d'agir comme elle l'a fait, mais jusqu'au dernier moment, ils ont tenté chacun à sa façon, efficacement ou non, de protéger l'intérêt d'Air Canada afin de lutter contre l'extinction de leur propre intérêt en préservant l'entreprise d'agence de voyages. [...] C'est pourquoi je ne vois aucune mauvaise foi dans les actions accomplies par les défendeurs individuellement et je pense qu'ils ont fait preuve d'ineptie dans certains de leurs actes, mais ils n'étaient aucunement, à mon avis, des fiduciaires qui ont manqué à leur obligation fiduciaire envers Air Canada.

Le juge de première instance a donc rejeté la demande engagée contre les défendeurs individuellement.

### B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1991), 2 O.R. (3d) 184 (le juge Griffiths)

Le juge Griffiths a d'abord fait remarquer que l'existence d'une fiducie entre Air Canada et M &

between Air Canada and M & L, and that M & L was liable for breach of that trust. He also agreed with the trial judge that the individual defendants in this case could not be classified as trustees *de son tort*. In *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), Professor Donovan Waters states that to be held liable as a trustee *de son tort*, the trustee must have possession and control of the trust property. To have that possession and control, the trustee must have some legal right or title to the trust property. In this case, the trial judge properly found that neither Martin nor Valliant had assumed legal control or possession of the trust funds, since the funds were at all times administered in the name of M & L.

Griffiths J.A. held that M & L was clearly liable for breach of contract since it failed to remit the funds as required. However, as directors, Martin and Valliant could not be held personally liable for that breach of contract. It was therefore necessary, for Martin and Valliant to be potentially personally liable, that M & L also be found to have been in breach of trust. Griffiths J.A. concluded at p. 194:

... on the authority of *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233, ... affd Ont. C.A., Robins, Krever and Carthy J.J.A., January 19, 1990 (... 71 O.R. (2d) 63 (note) ...), that the agreement between Air Canada and the corporation clearly created a trust relationship between them with the result that any monies received by the corporation from the sale of Air Canada tickets were impressed with a trust.

Griffiths J.A. then went on to consider whether the directors could be personally liable for the breach by their corporation of a trust relationship created by contract. This issue, he noted, had not been considered in any reported Canadian or English cases. He reviewed several cases where the directors had been held personally liable for breaches of trust imposed by statute, including *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. J. A. (Fred) Chalmers & Co.* (1969), 7 D.L.R. (3d) 283 (Sask. Q.B.); *Henry Electric Ltd. v. Farwell* (1986), 29

L n'était pas contestée et que M & L était responsable de la violation de cette obligation fiduciaire. Il a également convenu avec le juge de première instance que ni l'un ni l'autre des défendeurs individuels dans la présente espèce ne pouvait être tenu pour fiduciaire «de son tort». Dans son ouvrage *Law of Trusts in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), le professeur Donovan Waters dit que, pour encourir la responsabilité en qualité de fiduciaire «de son tort», le fiduciaire doit avoir la possession et le contrôle des biens en fiducie. La possession et le contrôle supposent un droit ou un titre sur les biens en fiducie. En l'espèce, le juge de première instance a conclu à bon droit que ni Martin ni Valliant ne s'était attribué le contrôle ou la possession, en droit, des biens en fiducie, car les fonds ont toujours été administrés au nom de M & L.

Le juge Griffiths a décidé que M & L était nettement responsable de l'inexécution du contrat car elle n'avait pas remis les sommes comme elle le devait. Toutefois, à titre d'administrateurs, Martin et Valliant ne pouvaient être tenus personnellement responsables de cette inexécution du contrat. Pour conclure à leur responsabilité personnelle, il fallait donc juger que M & L avait aussi violé une obligation fiduciaire. Le juge Griffiths conclut, à la p. 194:

[TRADUCTION] ... vu la décision *Canadian Pacific Airlines Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233, [...] conf. par C.A. Ont., les juges Robins, Krever et Carthy, le 19 janvier 1990 ([...] 71 O.R. (2d) 63 (note) [...]), que le contrat conclu entre Air Canada et la société a créé de toute évidence une fiducie entre elles, de sorte que toute somme reçue par la société et produite par la vente de billets d'Air Canada portait la marque de la fiducie.

Il a ensuite étudié la question de savoir si les administrateurs pouvaient être tenu personnellement responsables de la violation par leur société d'une obligation fiduciaire créée par contrat. Cette question, a-t-il fait observer, n'a fait l'objet d'aucune décision publiée, au Canada ou en Grande-Bretagne. Il a examiné plusieurs précédents dans lesquels les administrateurs avaient été tenus personnellement responsables de manquements à une obligation fiduciaire imposée par une loi, y compris *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. J. A.*



D.L.R. (4th) 481 (B.C.C.A.); and *Andrea Schmidt Construction Ltd. v. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567 (H.C.).

Griffiths J.A. also referred to *Myrta Forastieri v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,145 (D.P.R. 1983), a U.S. decision involving facts similar to the present case. In that case, the court held, at pp. 17,148-17,149 that:

Irrespective of good faith or intent, in an instance wherein the corporation had a duty to pay out funds from designated proceeds but such proceeds were used for other purposes, the directors were held personally liable because they had a duty to see that the funds were used for the agreed-upon purpose and they could not excuse themselves on the grounds that they did not dissipate or misappropriate the funds nor were in other respects derelict in their duty. . . .

We agree, therefore, that failure to remit funds collected by a corporate agent which belong to its principal airline gives rise to personal liability of those corporate employees who participate in the conversion. The imposition of such liability presumes, however, that the responsible persons actually had possession or control over the property such that it could be said that their conduct constitutes participation. Under the circumstances of the present case the joint control over the financial affairs and operations of this very closely held corporation by the two individual plaintiffs/counterdefendants supports a finding that if conversion occurred, it was a joint act of those two persons. They shared ownership of the corporation equally; they shared management of the business operations equally; they shared equally in the special compensation arrangements set up for themselves; and most important, they shared control over the corporate accounts since all checks issued required both their signatures. . . .

Griffiths J.A. concluded that *Wawanesa v. Chalmers*, *Henry Electric Ltd. v. Farwell* and *Andrea Schmidt Construction Ltd.* could not be distin-

(*Fred Chalmers & Co.* (1969), 7 D.L.R. (3d) 283 (B.R. Sask.); *Henry Electric Ltd. c. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481 (C.A.C.-B.); et *Andrea Schmidt Construction Ltd. c. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567 (H.C.).

Le juge Griffiths s'est aussi référé à l'affaire *Myrta Forastieri c. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,145 (D.P.R. 1983), décision américaine portant sur des faits semblables à ceux de l'espèce. Dans cette affaire, la cour a décidé ce qui suit, aux pp. 17,148 et 17,149:

[TRADUCTION] Peu importe leur bonne foi ou leur intention, dans une situation où la société avait l'obligation de verser des sommes sur des produits désignés, mais où ces produits ont été employés à d'autres fins, les administrateurs ont été jugés personnellement responsables parce qu'ils avaient l'obligation de voir à ce que les fonds soient employés à la fin convenue et ils ne pouvaient faire valoir comme excuse qu'ils n'avaient pas dissipé ou détourné les fonds ou qu'ils n'avaient pas manqué de quelque autre manière à leur obligation. . . .

Par conséquent, nous reconnaissons que cette omission par une société mandataire de verser les sommes perçues, qui appartiennent à la ligne aérienne mandante, fait jouer la responsabilité personnelle des employés de la société qui ont participé au détournement. L'attribution de cette responsabilité présuppose, cependant, que les responsables avaient effectivement la possession ou le contrôle des biens, de sorte qu'on pourrait dire que leur conduite constituait une participation. Dans les circonstances de l'espèce, le fait que les deux demandeurs/défendeurs reconventionnels exerçaient le contrôle conjoint des affaires financières et des activités de cette société à très peu d'actionnaires permet de conclure que s'il y a eu détournement, celui-ci a été une action conjointe de ces deux individus. Ils étaient propriétaires de la société à parts égales; ils partageaient également la gestion de l'entreprise; ils ont bénéficié également des arrangements spéciaux passés pour leur rémunération et, chose la plus importante, ils partageaient le contrôle des comptes de la société car tous les chèques tirés devaient porter la signature de chacun. . . .

Le juge Griffiths a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'opérer de distinction d'avec les décisions *Wawanesa c. Chalmers*, *Henry Electric Ltd. c. Farwell* et

guished on the basis that the trust was created by statute. Instead, he held, at p. 203, that:

What is significant in those cases is that the shareholders and directors that were held responsible were the sole owners and directors and were the sole directing and operating minds of the corporations. . . . For the purposes of this appeal, I adopt the reasoning of the United States District Court of Puerto Rico in *Myrta Forastieri v. Eastern Air Lines*, *supra*, that it is just and equitable to impose personal liability on directors who participate in the breach of trust by the corporation because, in effect, they have participated in a conversion of trust funds.

Griffiths J.A. then reviewed the facts which justified the imposition of personal liability in the case at bar. First, both Martin and Valliant had at least some control over the operation of the business, and both had signing authority. Second, it was Martin and Valliant as the operating minds of M & L who deposited the trust funds in the general operating account and paid operating expenses out of that account. Third, M & L had a duty to (at p. 204) "keep these monies separate, to earmark them as funds held for Air Canada and, at the very least, to advise the bank that such funds, separately maintained, were trust funds". Since this was not done, M & L committed a breach of trust. Finally, the Bank seized the funds from the account because Martin and Valliant had both stopped payment on cheques issued on the account: "The movement of these directors, acting solely in their own interest to stop payment on cheques, not only prevented payment on cheques issued to Air Canada, but precipitated the seizure by the bank of the only funds available in the unprotected general account" (p. 204). Therefore, Griffiths J.A. concluded at pp. 204-5:

In my view, this is an appropriate case to impose personal liability on Martin and Valliant for the breach of trust. They were the sole owners and operating minds of the corporation. They directed and authorized the

*Andrea Schmidt Construction Ltd.* parce que dans celles-ci, la fiducie avait été créée par une loi. Il a plutôt décidé ce qui suit, à la p. 203:

[TRADUCTION] Ce qui importe dans ces affaires c'est que les actionnaires et les administrateurs à qui a été attribuée une responsabilité étaient les seuls propriétaires et administrateurs et qu'ils étaient les seules âmes dirigeantes des sociétés [. . .] Aux fins du présent appel, j'adopte le raisonnement de la Court of District des États-Unis à Porto Rico dans l'affaire *Myrta Forastieri v. Eastern Air Lines*, précitée, qu'il est juste et équitable d'attribuer une responsabilité personnelle aux administrateurs qui ont participé à la violation de l'obligation fiduciaire de la société parce que, en fait, ils ont participé au détournement des fonds en fiducie.

Le juge Griffiths a ensuite étudié les faits qui justifiaient l'attribution d'une responsabilité personnelle dans le cas qui nous occupe. Premièrement, Martin et Valliant exerçaient tous les deux un certain contrôle sur l'exploitation de l'entreprise et tous deux étaient signataires autorisés. Deuxièmement, ce sont Martin et Valliant, à titre d'âmes dirigeantes de M & L, qui déposaient les fonds en fiducie dans le compte d'affaires général et payaient les frais d'exploitation sur ce compte. Troisièmement, M & L avait l'obligation (à la p. 204) [TRADUCTION] «de garder ces sommes dans un compte distinct, d'indiquer que c'étaient des fonds détenus au nom d'Air Canada et, à tout le moins, d'aviser la banque que ces fonds, gardés séparément, étaient des fonds en fiducie». Comme cela n'a pas été fait, M & L a commis une violation de son obligation fiduciaire. Enfin, la banque a saisi les fonds dans le compte parce que Martin et Valliant avaient tous deux fait opposition aux chèques tirés sur ce compte: [TRADUCTION] «Le geste de ces administrateurs, agissant seulement dans leur propre intérêt pour faire opposition à des chèques, non seulement a empêché le paiement de chèques tirés à l'ordre d'Air Canada, mais a hâté la saisie par la banque des seuls fonds se trouvant dans le compte général non protégé» (p. 204). Par conséquent, le juge Griffiths a conclu, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] À mon avis, il convient en l'espèce d'attribuer une responsabilité personnelle à Martin et à Valliant pour violation d'une obligation fiduciaire. Ils étaient les seuls propriétaires et les âmes dirigeantes de

deposit of funds from Air Canada sales in the general account without in any way designating these funds as trust funds. They permitted these funds to be intermingled with other funds and they drew cheques on these funds in complete disregard of the trust obligations imposed under the agreement with Air Canada, an agreement which conferred on the corporation of which they were the sole shareholders the important privilege of selling Air Canada tickets directly to the public. Martin and Valliant permitted Air Canada funds to be placed in a general account that was overdrawn without adequate controls and, in particular, without advising the bank that these funds were trust funds, with the result that these funds were exposed to appropriation by the bank to satisfy the corporation's loan guaranteed by Martin and Valliant. In failing to exercise proper control over the trust funds, both Martin and Valliant received a benefit in that their personal liability to the bank was extinguished.

The steps taken by Martin and Valliant to protect the interests of Air Canada were inept, and too little too late. In any event, these steps were taken to preserve the travel agency and not to protect Air Canada's interest. Griffiths J.A. therefore concluded that Martin and Valliant were both parties to the conversion of trust funds and should be held personally liable.

### III. Issues

As mentioned at the outset, there are two main issues raised in this case. First, was the relationship between M & L and the respondent one of trust, or one of debtor and creditor? Second, if the relationship was one of trust, then under what circumstances can the directors of a corporation be held personally liable for breach of trust by the corporation, and are those circumstances present in this case?

### IV. Analysis

#### 1. *The Nature of the Relationship between M & L and Air Canada*

In this Court, the appellant initially argued that the relationship between M & L and the respon-

la société. Ils ont dirigé et autorisé le dépôt des fonds produits par la vente de billets d'Air Canada dans le compte général sans indiquer d'aucune façon qu'il s'agissait de fonds en fiducie. Ils ont permis que ces fonds soient confondus avec d'autres et ils ont tiré des chèques sur ces fonds en passant outre aux obligations fiduciaires stipulées dans l'accord conclu avec Air Canada, qui accordait à la société, dont ils étaient les seuls actionnaires, le privilège important de vendre des billets d'Air Canada directement au public. Martin et Valliant ont permis que les fonds d'Air Canada soient placés dans un compte général qui a été mis à découvert sans contrôles suffisants et, en particulier, sans que la banque soit avisée que ces fonds étaient des fonds en fiducie, de telle sorte que la banque pouvait s'approprier ces fonds pour régler la dette de la société garantie par Martin et Valliant. En n'exerçant pas de contrôle adéquat sur les fonds en fiducie, Martin et Valliant ont reçu un avantage qui a consisté dans l'extinction de leur dette personnelle envers la banque.

Les moyens pris par Martin et Valliant pour protéger les intérêts d'Air Canada étaient ineptes et c'était trop peu trop tard. Quoi qu'il en soit, ils ont pris ces mesures pour préserver l'agence de voyages et non pour protéger l'intérêt d'Air Canada. Le juge Griffiths a donc conclu que Martin et Valliant avaient tous deux été parties au détournement des fonds en fiducie et devaient être tenus personnellement responsables.

### III. Les questions en litige

Comme je l'ai dit au début, deux questions principales se posent dans le présent pourvoi. Premièrement, le rapport établi entre M & L et l'intimée constituait-il une fiducie ou une obligation entre débiteur et créancier? Deuxièmement, s'il s'agissait d'une fiducie, dans quelles circonstances les administrateurs d'une société peuvent-ils être tenus personnellement responsables de la violation d'une obligation fiduciaire par la société, et ces circonstances existent-elles en l'espèce?

### IV. Analyse

#### 1. *La nature du rapport entre M & L et Air Canada*

Devant notre Cour, l'appelant a d'abord soutenu que le rapport entre M & L et la compagnie d'avia-

dent airline was one of debtor and creditor, rather than one of trust. However, at the hearing, the appellant properly conceded that the relationship was one of trust. Given this concession, I will consider this question only briefly.

The appellant relied on the fact that the agreement between the airline and M & L did not require it to keep the proceeds of Air Canada tickets in a separate account or trust fund, or to remit the funds forthwith. Rather, M & L was permitted to keep such funds for a period of up to 15 days, and then for a further 7-day grace period. Furthermore, M & L was liable for the total sale price of all tickets sold, less its commission, regardless of whether it had actually collected the full amount from its customers. That is, M & L was free to sell Air Canada tickets on credit to its customers. Prior to his concession on this point, the appellant submitted that, in these circumstances, M & L was not a trustee of the sale proceeds of the Air Canada tickets.

In concluding that the relationship between M & L and the airline was one of trust, the Court of Appeal relied on *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233. Although the Court of Appeal's decision in that case (1990), 71 O.R. (2d) 63 (note), was brief, the reasons of the trial judge, at p. 237, went into greater depth:

In order to constitute a trust, an arrangement must have three characteristics, known as the three certainties: certainty of intent, of subject-matter and of object. The agreement... is certain in its intent to create a trust. The subject-matter is to be the funds collected for ticket sales. The object, or beneficiary, of the trust is also clear; it is to be the airline. The necessary elements for the creation of a trust relationship are all present. I find that such a relationship did exist between CP and the two travel agencies.

This analysis is clearly applicable to the facts of the present case. That the intent of the agreement is to create a trust is evident from the following wording: "All monies, less applicable commis-

sion intimée procédait d'une obligation entre débiteur et créancier et non d'une fiducie. Toutefois, à l'audience, l'appelant a concédé avec raison que c'était une fiducie. Étant donné cette concession, je ne vais dire que quelques mots sur cette question.

L'appelant a invoqué le fait que l'accord entre la ligne aérienne et M & L ne l'obligeait pas à garder le produit de la vente des billets d'Air Canada dans un compte distinct ou en fiducie, ou à remettre les fonds immédiatement. M & L pouvait, au lieu de cela, garder ces fonds pendant une période maximale de 15 jours, puis jouir d'un délai de grâce de sept jours. En outre, M & L était redevable du prix de vente total de tous les billets vendus, moins sa commission, peu importe qu'elle ait recouvré la somme complète de ses clients. C'est-à-dire qu'il était loisible à M & L de vendre des billets d'Air Canada à crédit à ses clients. Avant de faire sa concession sur ce point, l'appelant a soutenu que, vu ces circonstances, M & L n'était pas fiduciaire du produit de la vente des billets d'Air Canada.

Pour conclure à l'existence d'une fiducie entre M & L et la ligne aérienne, la Cour d'appel s'est appuyée sur l'arrêt *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233. Bien que la Cour d'appel ait rendu une décision brève dans cette affaire (1990), 71 O.R. (2d) 63 (note), les motifs du juge de première instance, à la p. 237, étaient plus détaillés:

[TRADUCTION] Pour constituer une fiducie, un accord doit comporter trois caractéristiques, appelées les trois certitudes: certitude quant à l'intention, quant aux biens assujettis à la fiducie et quant aux bénéficiaires. L'accord [...] est certain quant à l'intention de créer une fiducie. Les biens assujettis à la fiducie sont les fonds perçus pour la vente de billets. Le bénéficiaire est aussi certain; c'est la compagnie d'aviation. Les éléments essentiels à la création d'une fiducie sont tous présents. Je conclus qu'une telle fiducie existait entre CP et les deux agences de voyages.

Cette analyse s'applique clairement aux faits de la présente espèce. L'intention de créer une fiducie ressort à l'évidence du passage qui suit du contrat: «Toutes les sommes que l'Agent perçoit à l'égard

sions to which the Agent is entitled hereunder, collected by the Agent for air passenger transportation (and for which the Agent has issued tickets or exchange orders) shall be the property of the Airline, and shall be held in trust by the Agent until satisfactorily accounted for to the airline." The object of the trust is the respondent airline, and its subject-matter is the funds collected for ticket sales.

While the presence or absence of a prohibition on the commingling of funds is a factor to be considered in favour of a debt relationship, it is not necessarily determinative. See *R. v. Lowden* (1981), 27 A.R. 91 (C.A.), at pp. 101-2; *Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)*, [1984] 4 W.W.R. 232 (Alta. C.A.), at p. 238; *McEachren v. Royal Bank* (1990), 78 Alta. L.R. (2d) 158 (Q.B.), at p. 183; *Stephens Travel Service International Pty. Ltd. v. Qantas Airways Ltd.* (1988), 13 N.S.W.L.R. 331 (C.A.), at p. 341. In *R. v. Lowden*, *supra*, McGillivray C.J.A. stated as follows at pp. 101-2:

Undoubtedly a direction that moneys are to be kept separate and apart is a strong indication of a trust relationship being created. It does not appear to me, however, that the converse is necessarily so. In the case of a travel agent, how he handled the funds handed to him for the purchase of a ticket would, as far as the public is concerned, be something that they would not have reason to think about. It would be a matter of internal management. The fact that there is no specific discussion about moneys being kept separate and apart from other moneys does not detract from the fact that the money is paid for a particular purpose, namely the obtaining of tickets for specific flights or reservations at named accommodation for a particular period.

The appellant relied on the decision of this Court in *M. A. Hanna Co. v. Provincial Bank of Canada*, [1935] S.C.R. 144. In that case, the Court dealt with the relationship between a supplier of coal and its sales agent. The Court concluded that the relationship was one of debtor-creditor, citing the fact that the parties had specifically cancelled a portion of their agreement requiring the separation of the funds collected by the sales agent. The sales

du transport aérien de passagers (et pour lesquelles il a remis des billets ou des bons d'échange), moins les commissions applicables auxquelles il a droit conformément aux présentes, appartiennent à la Compagnie d'aviation, et l'Agent doit les détenir en fiducie, jusqu'à ce qu'il en ait rendu compte de façon satisfaisante à la compagnie d'aviation.» Le bénéficiaire est la compagnie d'aviation et les biens assujettis à la fiducie sont les fonds encaissés par suite de la vente de billets.

Certes, la présence ou l'absence d'une interdiction de regrouper les sommes est un facteur qui indique un lien de la nature d'une créance, mais il n'est pas nécessairement décisif. Voir *R. c. Lowden* (1981), 27 A.R. 91 (C.A.), aux pp. 101 et 102; *Bank of N.S. c. Soc. Gen. (Can.)*, [1984] 4 W.W.R. 232 (C.A. Alb.), à la p. 238; *McEachren c. Royal Bank* (1990), 78 Alta. L.R. (2d) 158 (B.R.), à la p. 183; *Stephens Travel Service International Pty. Ltd. c. Qantas Airways Ltd.* (1988), 13 N.S.W.L.R. 331 (C.A.), à la p. 341. Dans l'arrêt *R. c. Lowden*, précité, le juge en chef McGillivray dit, aux pp. 101 et 102:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, s'il est stipulé que les fonds doivent être gardés dans des comptes distincts, il y a de fortes raisons d'inférer qu'une fiducie a été créée. Il ne me semble pas, cependant, que l'inverse soit nécessairement vrai. Dans le cas d'un agent de voyages, le public n'a aucune raison de se préoccuper de ce que l'agent fait de l'argent qui lui est versé à l'achat d'un billet. C'est une question de gestion interne. Le fait qu'on ne discute pas particulièrement de l'obligation de placer la somme dans un compte distinct n'enlève rien au fait que l'argent est versé à une fin précise, savoir l'obtention de billets en vue de vols déterminés ou de réservations dans des hôtels désignés pour une période donnée.

L'appelant s'est fondé sur l'arrêt de notre Cour *M. A. Hanna Co. c. Provincial Bank of Canada*, [1935] R.C.S. 144. Dans cet arrêt, la Cour a examiné le rapport entre un fournisseur de charbon et son représentant. Elle a conclu que leur lien était celui d'un débiteur et d'un créancier, citant le fait que les parties avaient expressément annulé une partie de leur convention qui stipulait la séparation des fonds encaissés par le représentant. Ce dernier

agent paid the supplier by cheques drawn on its general account. The supplier's acquiescence to this practice, and the fact that the agent had use of the funds before payment came due, indicated to this Court that the parties viewed their relationship as one of debtor-creditor. The Court relied on the following passage from *Henry v. Hammond*, [1913] 2 K.B. 515, at p. 521:

It is clear that if the terms upon which the person receives the money are that he is bound to keep it separate, either in a bank or elsewhere, and to hand that money so kept as a separate fund to the person entitled to it, then he is a trustee of that money and must hand it over to the person who is his cestui que trust. If on the other hand he is not bound to keep the money separate, but is entitled to mix it with his own money and deal with it as he pleases, and when called upon to hand over an equivalent sum of money, then, in my opinion, he is not a trustee of the money, but merely a debtor.

This decision was distinguished in *Qantas*, *supra*, at p. 348, by Hope J.A., dealing with facts similar to the present case:

As it seems to me, . . . the decision . . . has no relevance to the circumstances of the present case where, on the proper construction of the agreement, a trust was expressly created, and where the distinction between an express and a constructive trust does not affect the resolution of the rights of the parties.

Since there was clear language in the agreement that the funds were to be held in trust, Hope J.A. remarked that there would have to be extremely strong indications to alter the plain meaning of those words. On the question of the commingling of funds, Hope J.A. stated at p. 341 that "I do not understand why the absence of an express separate account provision should cut down the effect of the express provision for a trust . . ." This holding is consistent with the Canadian authorities. See *R. v. Lowden*, *supra*, at pp. 101-2; *Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)*, *supra*, at p. 238; *McEachren v. Royal Bank*, *supra*, at p. 183.

payait le fournisseur par chèque tiré sur son compte général. L'acquiescement du fournisseur à cette pratique et le fait que le représentant avait l'usage des fonds avant l'échéance du versement indiquaient, de l'avis de la Cour, que les parties considéraient leur rapport comme celui d'un débiteur et d'un créancier. La Cour a invoqué le passage qui suit de l'arrêt *Henry c. Hammond*, [1913] 2 K.B. 515, à la p. 521:

[TRADUCTION] De toute évidence, si les conditions selon lesquelles la personne perçoit l'argent prévoient qu'elle est tenue de le déposer séparément à la banque ou ailleurs et de rendre la somme ainsi gardée dans un compte distinct à la personne qui y a droit, elle est la fiduciaire de cet argent et doit le rendre à la personne qui en est la bénéficiaire. Si, en revanche, elle n'est pas tenue de garder l'argent séparément, mais a le droit de le mélanger avec le sien propre et de le gérer à sa guise, à charge, quand on le lui réclame, de remettre une somme équivalente, alors, à mon sens, elle n'est pas fiduciaire de la somme, mais simple débitrice.

Une distinction d'avec cet arrêt a été faite dans l'arrêt *Qantas*, précité, à la p. 348, par le juge Hope, qui traite de faits semblables à ceux de l'es-pèce:

[TRADUCTION] À ce qu'il me semble, [. . .] l'arrêt [. . .] n'est pas pertinent par rapport aux circonstances de l'es-pèce si l'accord, correctement interprété, crée une fiducie explicite et si la distinction entre un fiduciaire explicite et une fiducie par interprétation ne joue pas dans la détermination des droits des parties.

Comme l'accord renfermait des termes clairs stipulant que les fonds devaient être détenus en fiducie, le juge Hope a fait remarquer qu'il faudrait de très fortes raisons pour modifier le sens évident de ces mots. Sur la question du regroupement des fonds, le juge Hope a dit, à la p. 341: [TRADUCTION] «Je ne comprends pas pourquoi l'absence d'une disposition explicite prévoyant un compte distinct devrait annihiler l'effet de la clause créant expressément une fiducie . . .» Cette conclusion est conforme à la jurisprudence canadienne. Voir *R. c. Lowden*, précité, aux pp. 101 et 102; *Bank of N.S. c. Soc. Gen. (Can.)*, précité, à la p. 238, et *McEachren c. Royal Bank*, précité, à la p. 183.

The majority of U.S. cases have concluded that relationships similar to the one in the present case are trust relationships. See *Air Traffic Conference v. Downtown Travel Center, Inc.*, 14 Avi. 17,172 (N.Y. 1976); *Air Traffic Conference of America v. Worldmark Travel, Inc.*, 15 Avi. 18,483 (N.Y. 1980); *Myrta Forastieri, supra*.

However, a contrary finding was made in *In re Morales Travel Agency*, 667 F.2d 1069 (1st Cir. 1981), at pp. 1071-72, in which the court held that the terms of the IATA agreement between the airline and the travel agency were inadequate to give rise to a trust upon the proceeds from tickets sold by the agency to its customers:

To be sure, Resolution 820(a) recited, in general terms, that the agent was to hold whatever monies it collected in trust for the carrier until accounted for, and that these monies were the carrier's property until settlement occurred. However, talismanic language could not throw a protective mantle over these receipts in the absence of a genuine trust mechanism. Here the relationship remained in practical fact that of debtor-creditor. The contract nowhere required Morales to keep the proceeds of Eastern's ticket sales separate from any other funds, whether Morales' own funds or the proceeds of other airlines' ticket sales. Nor was any specific restriction placed upon Morales' use of the supposed trust funds. Morales was left free to use what it received for its own benefit rather than Eastern's, and to transform the receipts into assets with no apparent encumbrance, upon which potential creditors might rely. The use of the word "trust" and the designation of the airline as titleholder, in a contract which is not publicly filed, would not save potential creditors from relying on such assets as office equipment, accounts receivable, and a bank account solely in the name of the agency. In the absence of any provision requiring Morales to hold the funds in trust by keeping them separate, and otherwise restricting their use, the label "trust" could in these circumstances and for present purposes have no legal effect. See *In re*

Dans la majorité des précédents américains, les tribunaux ont conclu que les rapports semblables à celui analysé en l'espèce constituaient des fiducies: *Air Traffic Conference c. Downtown Travel Center, Inc.*, 14 Avi. 17,172 (N.Y. 1976); *Air Traffic Conference of America c. Worldmark Travel, Inc.*, 15 Avi. 18,483 (N.Y. 1980); *Myrta Forastieri*, précité.

Toutefois, la cour est arrivée à une conclusion contraire dans l'affaire *In re Morales Travel Agency*, 667 F.2d 1069 (1st Cir. 1981), aux pp. 1071 et 1072, dans laquelle elle a décidé que les termes employés dans la convention de l'ATAI entre la ligne aérienne et l'agence de voyages étaient insuffisants pour créer une fiducie à l'égard du produit de la vente de billets par l'agence à ses clients:

[TRADUCTION] Indiscutablement, la résolution 820a) stipulait, dans des termes généraux, que l'agent devait détenir toutes les sommes perçues en fiducie pour le transporteur jusqu'à ce qu'il en ait rendu compte et que ces sommes appartenaient au transporteur jusqu'au règlement de compte. Toutefois, aucun langage magique ne pouvait mettre les sommes encaissées à l'abri en l'absence d'un mécanisme fiduciaire véritable. En l'espèce, le rapport est resté en pratique celui d'un débiteur et d'un créancier. Le contrat ne comportait aucune clause obligeant Morales à garder dans un compte distinct le produit de la vente des billets d'Eastern et les autres fonds, qu'ils soient les siens propres ou ceux provenant de la vente de billets d'autres lignes aériennes. Et aucune disposition ne restreignait explicitement l'emploi que Morales pouvait faire des présumés fonds en fiducie. Morales avait toute latitude pour utiliser les sommes encaissées pour son propre bénéfice et non celui d'Eastern, et pour convertir les recettes en biens libres de toute charge apparente, sur lesquels des créanciers éventuels pourraient compter. L'emploi du mot «fiducie» et la désignation de la ligne aérienne comme titulaire du titre, dans un contrat qui n'est pas inscrit dans un registre public, n'empêcheraient pas les créanciers éventuels de compter sur les autres biens tels le matériel de bureau, les comptes débiteurs et un compte en banque ouvert au nom de l'agence seulement. Faute de disposition obligeant Morales à détenir les fonds en fiducie et à les déposer dans un compte distinct, et limitant leur utilisation, le terme «fiducie» ne peut, dans les circonstances et aux fins des présentes, avoir aucun effet en droit. Voir *In re Penn. Central Transportation Co.*,

*Penn. Central Transportation Co.*, 328 F.Supp. 1278 (E.D.Pa. 1971); Scott on Trusts § 12.2 (3d ed.).

The *Morales* court relied on the District Court decision of *In re Penn Central Transportation Co.*,<sup>a</sup> 328 F.Supp. 1278 (Pa. 1971). This decision was subsequently reviewed by the U.S. Court of Appeals, 3rd Circuit, which concluded that a relationship of trust did exist, and that the commingling of funds was only one indication of a debtor-creditor relationship and was not necessarily conclusive (486 F.2d 519 (1973)).<sup>b</sup> Rosenn J. held at p. 525 that the “[c]ommingling of monies has minimal significance in the extraordinary operations of interline railroads. . . . Normal operation conditions with innumerable daily collections of various categories preclude practically and economically any effective daily segregation [of funds].”<sup>c</sup> The *Morales* decision and those which purport to follow it are therefore of questionable persuasion and contrary to other decisions.<sup>d</sup>

In conclusion, it is well established that the nature of the relationship between the parties is a matter of intention. In the present case, the relationship of trust is further evidenced by the express prohibition restricting the use of the funds, and the supervision and control of the carrier over the financial dealings of M & L. Since there is clear evidence of intention to create a trust in the agreement between M & L and the respondent airline, the absence of a prohibition on the commingling of funds is not determinative, although it may be a factor to be taken into account by the trial judge, as it was here. Moreover, in the present case M & L acted in accordance with that intention and set up trust accounts, which, although never used, confirm that the relationship was viewed by the directors as a trust relationship. Finally, it must be noted that the nature of the relationship is consistent with trust as the IATA agreement allowed M & L to affect Air Canada’s legal responsibilities.<sup>e</sup>

328 F.Supp. 1278 (E.D.Pa. 1971); Scott on Trusts § 12.2 (3<sup>e</sup> éd.).

Dans l’affaire *Morales*, la cour a invoqué la décision de la District Court *In re Penn Central Transportation Co.*, 328 F.Supp. 1278 (Pa. 1971). Celle-ci a ensuite été révisée par la Court of Appeals des États-Unis, 3rd Circuit, qui a conclu à l’existence d’une fiducie et déclaré que le regroupement des fonds n’était qu’un facteur pouvant indiquer un rapport entre débiteur et créancier et qu’elle n’était pas nécessairement décisive (486 F.2d 519 (1973)). Le juge Rosenn a décidé, à la p. 525, que le [TRADUCTION] « . . . regroupement des sommes n’a qu’une importance minimale dans les opérations extraordinaires des chemins de fer au chapitre du trafic interréseaux. [ . . . ] Les opérations ordinaires, qui comportent d’innombrables liaisons quotidiennes de diverses catégories, interdisent en pratique, et rendent non rentable, toute séparation réelle quotidienne [des fonds]. » La décision *Morales* et celles qui sont censées la suivre ont donc un caractère persuasif discutable et sont contraires à d’autres décisions.<sup>e</sup>

En conclusion, il est bien établi que la nature du rapport entre les parties dépend de leur intention. En l’espèce, l’existence d’une fiducie est étayée en outre par la limitation explicite de l’emploi des fonds et par la surveillance et le contrôle exercés par le transporteur sur les opérations financières de M & L. Comme l’intention de créer une fiducie est clairement exprimée dans le contrat entre M & L et la compagnie d’aviation intimée, l’absence d’interdiction de regrouper les fonds n’est pas déterminante, encore qu’elle puisse être un facteur dont le juge de première instance doit tenir compte, comme il l’a fait en l’espèce. Par surcroît, M & L a agi en l’espèce conformément à cette intention et a ouvert des comptes en fiducie qui, bien qu’ils n’aient pas été utilisés, confirment que le rapport était considéré par les administrateurs comme une fiducie. Enfin, il convient de faire remarquer que la nature du rapport est compatible avec l’existence d’une fiducie car l’accord de l’ATAI permettait à M & L d’influer sur les responsabilités juridiques d’Air Canada.<sup>j</sup>



2. *Personal Liability of the Directors as Constructive Trustees*

(a) General Principles

Having found that the relationship between M & L and the respondent airline was a trust relationship, there is no question that M & L's actions were in breach of trust. M & L failed to account to the respondent for the monies collected through sales of Air Canada tickets. What remains to be decided is whether the directors of M & L should be held personally liable for the breach of trust on the basis that they were constructive trustees. Whether personal liability is imposed on a stranger to a trust depends on the basic question of whether the stranger's conscience is sufficiently affected to justify the imposition of personal liability. See *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] Ch. 264, at p. 285. The authorities reflect distinct approaches to answer this question depending on the circumstances of the case, and it is to these that I shall now turn.

There are two general bases upon which a stranger to the trust can be held liable as a constructive trustee for breach of trust. First, although not directly relevant to this appeal, strangers to the trust can be liable as trustees *de son tort*. Such persons, although not appointed trustees, "take on themselves to act as such and to possess and administer trust property". See *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073, at p. 1095. In the *Selangor* case, Ungood-Thomas J. went on to describe the distinguishing features of such constructive trustees:

... (a) they do not claim to act in their own right but for the beneficiaries, and (b) their assumption to act is not of itself a ground of liability (save in the sense of course of liability to account and for any failure in the duty so assumed), and so their status as trustees precedes the

2. *La responsabilité personnelle des administrateurs en qualité de fiduciaires par interprétation*

a) Les principes généraux

Vu la conclusion que M & L et l'intimée étaient liées par une fiducie, il n'y a aucun doute que les actes de M & L constituaient une violation d'une obligation fiduciaire. M & L n'a pas rendu compte à l'intimée des sommes perçues par suite de la vente de ses billets. Il reste à décider si les administrateurs de M & L devraient être tenus personnellement responsables de violation d'une obligation fiduciaire à titre de fiduciaires par interprétation. La question de savoir si une responsabilité personnelle incombe à un tiers est subordonnée à la question fondamentale de savoir si la conscience du tiers est suffisamment en cause pour que soit justifiée l'attribution d'une responsabilité personnelle. Voir *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] Ch. 264, à la p. 285. La jurisprudence et la doctrine apportent diverses solutions à ce problème selon les circonstances de chaque espèce. Ce sont ces solutions que j'étudierai maintenant.

Deux principes généraux régissent l'attribution à un tiers d'une responsabilité pour violation d'une obligation fiduciaire, en qualité de fiduciaire par interprétation. Premièrement, quoique cette situation ne soit pas directement pertinente en l'espèce, le tiers peut être tenu responsable à titre de fiduciaire «de son tort». En pareil cas, le tiers, bien qu'il n'ait pas été nommé fiduciaire [TRADUCTION] «prend sur lui d'agir comme fiduciaire et de détenir et d'administrer les biens en fiducie». Voir *Selangor United Rubber Estates, Ltd. c. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073, à la p. 1095. Dans cette affaire, le juge Ungood-Thomas décrit les caractéristiques de ces fiduciaires par interprétation:

[TRADUCTION] ... a) ils ne prétendent pas agir de leur propre chef, mais pour le compte des bénéficiaires; b) ils n'encourent pas de responsabilité du seul fait de s'être engagés à agir (excepté, bien sûr, la responsabilité pour la reddition de comptes et pour l'omission d'accomplir l'obligation dont ils se sont ainsi chargés) et, en conséquence, ils ont acquis leur qualité de fiduciaire avant

occurrence which may be the subject of claim against them.

Thus a trustee *de son tort* will not be personally liable simply for the assumption of the duties of a trustee, but only if he or she commits a breach of trust while acting as a trustee. See *Barnes v. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; Underhill and Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* (14th ed. 1987), at p. 351; Philip H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (6th ed. 1989), at p. 152.

This type of liability is inapplicable to the present case because the directors of M & L did not personally take possession of trust property or assume the office or function of trustees. Both the trial judge and the Court of Appeal concluded that neither of the directors had assumed legal control or possession of the funds which were to be held in trust for the respondent airline. In the words of Griffiths J.A., at p. 193, “[s]uch funds were, at all material times, administered, at least, in the name of the corporation. Certainly, it cannot be said that either Martin or Valliant were administering the trust funds on behalf of the beneficiary Air Canada.”

Second, strangers to the trust can also be personally liable for breach of trust if they knowingly participate in a breach of trust. The starting point for a review of the bases of this kind of personal liability is *Barnes v. Addy, supra*, which involved an estate, for which three trustees had been designated by the testator. The will allowed for the appointment of new trustees without the consent of any other party, but did not allow for a decrease in the number of trustees. Two of the trustees died and a rift developed between the family and the third trustee, who wished to retire. He instructed his solicitor to prepare an instrument appointing Barnes, who was the husband of one of the beneficiaries, as sole trustee. The solicitor advised him against having only one trustee, but prepared the instrument on the instructions of his client. Barnes’ solicitor approved the appointment. Barnes invested the trust funds for his own purposes and

que ne se produise le fait qui peut donner lieu à une demande dirigée contre eux.

Ainsi, un fiduciaire «de son tort» ne sera pas personnellement responsable simplement du fait qu’il s’est chargé des devoirs d’un fiduciaire, mais seulement s’il manque à une de ses obligations pendant qu’il agit comme fiduciaire. Voir *Barnes c. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; Underhill et Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* (14<sup>e</sup> éd. 1987), à la p. 351; Philip H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (6<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 152.

Ce type de responsabilité est inapplicable à la présente espèce parce que les administrateurs de M & L n’ont pas pris possession personnellement des biens en fiducie et ne se sont pas attribué la charge ou la fonction de fiduciaire. Le juge de première instance et la Cour d’appel ont conclu qu’aucun des administrateurs ne s’était attribué le contrôle ou la possession des fonds qui devaient être détenus en fiducie pour le bénéfice de la compagnie d’aviation intimée. Pour citer les propos du juge Griffiths, à la p. 193, [TRADUCTION] «[c]es fonds ont été, à toutes les époques en cause, administrés au moins, au nom de la société. On ne peut certainement pas dire que Martin ou Valliant ait administré les fonds en fiducie pour le compte de la bénéficiaire Air Canada».

Deuxièmement, une responsabilité personnelle peut incomber à un tiers en cas de manquement à une obligation fiduciaire s’il participe sciemment à ce manquement. Le point de départ de l’examen du fondement de ce type de responsabilité personnelle est l’arrêt *Barnes c. Addy*, précité, qui portait sur une succession à l’égard de laquelle le testateur avait désigné trois fiduciaires. Le testament permettait la nomination de nouveaux fiduciaires sans le consentement de qui que ce soit, mais ne permettait pas la réduction du nombre de fiduciaires. Deux des fiduciaires sont décédés et un désaccord a opposé la famille et le troisième fiduciaire, qui a voulu se démettre. Celui-ci a donné à son avocat le mandat de rédiger un acte nommant Barnes, qui était l’époux de l’une des bénéficiaires, seul fiduciaire. L’avocat lui a déconseillé de nommer un seul fiduciaire, mais il a rédigé l’acte suivant les instructions de son client. L’avocat de Barnes a

went bankrupt. The beneficiaries sued the previous trustee, his solicitor and Barnes' solicitor for breach of trust. The action against the solicitors was dismissed on the basis that they had no knowledge of, or any reason to suspect, a dishonest design in the transaction, and that they did not receive any trust property.

Lord Selborne L.C., at pp. 251-52, set out the ways in which a non-trustee can become responsible for a trust:

Those who create a trust clothe the trustee with a legal power and control over the trust property, imposing on him a corresponding responsibility. That responsibility may no doubt be extended in equity to others who are not properly trustees, if they are found either making themselves trustees *de son tort*, or actually participating in any fraudulent conduct of the trustee to the injury of the *cestui que trust*. But, on the other hand, strangers are not to be made constructive trustees merely because they act as the agents of trustees in transactions within their legal powers, transactions, perhaps of which a Court of Equity may disapprove, unless those agents receive and become chargeable with some part of the trust property, or unless they assist with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees.

In addition to a trustee *de son tort*, there were traditionally therefore two ways in which a stranger to the trust could be held personally liable to the beneficiaries as a participant in a breach of trust: as one in receipt and chargeable with trust property and as one who knowingly assisted in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees. The former category of constructive trusteeship has been termed "knowing receipt" or "knowing receipt and dealing", while the latter category has been termed "knowing assistance".

The former category of "knowing receipt" of trust property is inapplicable to the present case because it requires the stranger to the trust to have

approuvé la nomination. Barnes a placé les fonds en fiducie pour son propre bénéfice et a fait faillite. Les bénéficiaires ont poursuivi le fiduciaire précédent, son avocat et l'avocat de Barnes en violation d'une obligation fiduciaire. L'action contre les avocats a été rejetée parce qu'ils n'avaient pas eu connaissance, ou qu'ils n'avaient aucune raison de soupçonner, de dessein malhonnête et qu'ils ne s'étaient vu confier aucun bien en fiducie.

Le lord chancelier Selborne expose, aux pp. 251 et 252, les manières dont une responsabilité pour une fiducie peut incomber à une personne qui n'est pas fiduciaire:

[TRADUCTION] Ceux qui créent une fiducie revêtent le fiduciaire du pouvoir et du contrôle juridiques sur les biens en fiducie, lui imposant une responsabilité correspondante. Celle-ci peut sans aucun doute être étendue en *equity* à d'autres qui ne sont pas à proprement parler fiduciaires, si on conclut qu'ils se sont attribué la fonction de fiduciaire «de son tort» ou qu'ils ont participé en réalité à une fraude commise par le fiduciaire au détriment du bénéficiaire. Mais, en revanche, les tiers ne sont pas tenus pour fiduciaires par interprétation simplement parce qu'ils agissent comme mandataires des fiduciaires pour des opérations relevant de leur autorité, opérations que pourrait désapprouver une cour d'*equity*, sauf si ces mandataires reçoivent une partie des biens en fiducie et doivent en rendre compte, ou s'ils aident sciemment les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux.

Outre le cas du fiduciaire «de son tort», il y avait donc traditionnellement deux manières dont un tiers pouvait être tenu personnellement responsable envers les bénéficiaires à titre de participant à la violation d'une obligation fiduciaire: soit parce qu'il avait reçu des biens en fiducie et devait en rendre compte, soit parce qu'il avait sciemment aidé les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux. La première catégorie de fiducie par interprétation a été appelée «réception en connaissance de cause» ou «réception en connaissance de cause et gestion», tandis que la seconde a été appelée «aide apportée en connaissance de cause».

La première catégorie, savoir la «réception en connaissance de cause» de biens en fiducie, est inapplicable en l'espèce parce qu'elle exige que le

received trust property in his or her personal capacity, rather than as an agent of the trustees. See *Baden, Delvaux & Lecuit v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France S.A.*, [1983] B.C.L.C. 325 (Ch.), appeal dismissed, [1985] B.C.L.C. 258 (C.A.); *International Sales and Agencies Ltd. v. Marcus*, [1982] 3 All E.R. 551; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 All E.R. 1210 (Ch.), at pp. 1234-35; *Belmont Finance Corp. v. Williams Furniture Ltd. (No. 1)*, [1979] 1 All E.R. 118 (C.A.), at pp. 129, 134; *Underhill, supra*, at p. 360; *Pettit, supra*, at pp. 159-60. See, *contra*, *Lee v. Sankey* (1873), L.R. 15 Eq. 204. As I have already noted, the courts below found that the directors of M & L did not personally control the trust funds in the present case, and this finding was not challenged before us.

Thus the only basis upon which the directors could be held personally liable as constructive trustees is under the "knowing assistance" head of liability. To repeat, in *Barnes v. Addy, supra*, at p. 252, Lord Selborne L.C. stated that persons who "assist with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees" will be liable for the breach of trust as constructive trustees. See also, *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.). This basis of liability raises two main issues: the nature of the breach of trust and the degree of knowledge required of the stranger.

#### (b) Degree of Knowledge of the Stranger

The latter point may be quickly addressed. The knowledge requirement for this type of liability is actual knowledge; recklessness or wilful blindness will also suffice. See *Belmont Finance, supra*, at pp. 130, 136; *In re Montagu's Settlement Trusts, supra*, at pp. 271-72, 285; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 367 (C.A.), at p. 379. In the latter case, Sachs L.J. stated that to be held liable the stranger must have

tiers ait reçu des biens en fiducie de son propre chef et non en qualité de mandataire des fiduciaires. Voir *Baden, Delvaux & Lecuit c. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France S.A.*, [1983] B.C.L.C. 325 (Ch.), appel rejeté [1985] B.C.L.C. 258 (C.A.); *International Sales and Agencies Ltd. c. Marcus*, [1982] 3 All E.R. 551; *Karak Rubber Co. c. Burden (No. 2)*, [1972] 1 All E.R. 1210 (Ch.), aux pp. 1234 et 1235; *Belmont Finance Corp. c. Williams Furniture Ltd. (No. 1)*, [1979] 1 All E.R. 118 (C.A.), aux pp. 129 et 134; *Underhill, op. cit.*, à la p. 360; *Pettit, op. cit.*, aux pp. 159 et 160. Voir, pour une opinion contraire, *Lee c. Sankey* (1873), L.R. 15 Eq. 204. Je le répète, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les administrateurs de M & L ne contrôlaient pas personnellement les fonds en fiducie dans la présente espèce, et cette conclusion n'a pas été attaquée devant nous.

En conséquence, une responsabilité personnelle ne peut être attribuée aux administrateurs, en qualité de fiduciaires par interprétation, que s'ils ont apporté une aide «en connaissance de cause». Comme nous l'avons vu, le lord chancelier Selborne a dit, dans l'arrêt *Barnes c. Addy*, précité, à la p. 252, que les personnes qui «aident sciemment les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux» seront tenus responsables de violation d'une obligation fiduciaire, en qualité de fiduciaires par interprétation. Voir aussi l'arrêt *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.). La responsabilité qui repose sur ce fondement soulève deux questions principales: la nature de la violation de l'obligation fiduciaire, et le degré de connaissance exigé du tiers.

#### b) Le degré de connaissance du tiers

Je vais disposer brièvement de ce dernier point. La connaissance requise pour ce type de responsabilité est la connaissance de fait; l'insouciance ou l'ignorance volontaire suffiront également. Voir *Belmont Finance*, précité, aux pp. 130 et 136; *In re Montagu's Settlement Trusts*, précité, aux pp. 271, 272 et 285; *Carl-Zeiss-Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 367 (C.A.), à la p. 379. Dans cette dernière affaire, le lord juge Sachs

had “both actual knowledge of the trust’s existence and actual knowledge that what is being done is improperly in breach of that trust — though, of course, in both cases a person wilfully shutting his eyes to the obvious is in no different position than if he had kept them open.” Whether the trust is created by statute or by contract may have an impact on the question of the stranger’s knowledge of the trust. If the trust was imposed by statute, then he or she will be deemed to have known of it. If the trust was contractually created, then whether the stranger knew of the trust will depend on his or her familiarity or involvement with the contract.

If the stranger received a benefit as a result of the breach of trust, this may ground an inference that the stranger knew of the breach. See *Shields v. Bank of Ireland*, [1901] 1 I.R. 222, at p. 228; *Gray v. Johnston* (1868), L.R. 3 H.L. 1, at p. 11, per Lord Cairns, L.C.; *Selangor*, *supra*, at p. 1101; *Coleman v. Bucks and Oxon Union Bank*, [1897] 2 Ch. 243, at p. 254; *Waters*, *supra*, at p. 401; *Fonthill Lbr. Ltd. v. Bk. Montreal*, [1959] O.R. 451 (C.A.), at p. 468; *Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78 (B.C.C.A.), at pp. 116-17. The receipt of a benefit will be neither a sufficient nor a necessary condition for the drawing of such an inference.

The reason for excluding constructive knowledge (that is, knowledge of circumstances which would indicate the facts to an honest person, or knowledge of facts which would put an honest person on inquiry) was discussed in *In re Montagu’s Settlement Trusts*, *supra*, at pp. 271-73, 275-85. Megarry V.-C. held, at p. 285, that constructive notice was insufficient to bind the stranger’s conscience so as to give rise to personal liability. While cases involving recklessness or wilful blindness indicate a “want of probity which justifies imposing a constructive trust”, Megarry V.-C., at p. 285, held that the carelessness involved in constructive knowledge cases will not normally amount to a want of probity, and will therefore be insufficient to bind the stranger’s conscience. See

a dit que, pour être tenu responsable, le tiers doit avoir [TRADUCTION] «à la fois la connaissance de fait de l’existence de la fiducie et la connaissance de fait du caractère répréhensible du manquement à la fiducie — encore que, bien entendu, dans les deux cas, la situation de celui qui nie l’évidence et de celui qui l’admet ne soit pas différente». Selon que la fiducie a été créée par une loi ou par un contrat, on ne donnera pas la même réponse à la question de savoir si le tiers savait qu’il y avait une fiducie. En cas de fiducie en vertu d’une loi, il est réputé le savoir. En cas de fiducie conventionnelle, la question de savoir si le tiers était au courant de la fiducie dépend de sa connaissance du contrat ou de sa participation à celui-ci.

Si le tiers a tiré avantage de la violation d’une obligation fiduciaire, on peut en inférer qu’il était au courant de la violation. Voir *Shields c. Bank of Ireland*, [1901] 1 I.R. 222, à la p. 228; *Gray c. Johnston* (1868), L.R. 3 H.L. 1, à la p. 11, le lord chancelier Cairns; *Selangor*, précité, à la p. 1101; *Coleman c. Bucks and Oxon Union Bank*, [1897] 2 Ch. 243, à la p. 254; *Waters*, *op. cit.*, à la p. 401; *Fonthill Lbr. Ltd. c. Bk. Montreal*, [1959] O.R. 451 (C.A.), à la p. 468; *Groves-Raffin Construction Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78 (C.A.C.-B.), aux pp. 116 et 117. Le fait de tirer avantage n’est ni une condition suffisante ni une condition nécessaire pour qu’une telle inférence soit justifiée.

La raison pour laquelle la connaissance présumée est exclue (c’est-à-dire la connaissance de circonstances dont une personne honnête déduirait les faits ou la connaissance de faits qui inciteraient une personne honnête à demander des renseignements) a été examinée dans l’affaire *In re Montagu’s Settlement Trusts*, précité, aux pp. 271 à 273, et 275 à 285. Le vice-chancelier Megarry a décidé, à la p. 285, que la connaissance présumée était insuffisante pour que la conscience d’un tiers soit en cause au point qu’il puisse être tenu personnellement responsable. Certes, en cas d’insouciance ou d’ignorance volontaire, on peut déduire une [TRADUCTION] «absence de probité qui justifie l’attribution d’une fiducie par interprétation», mais le vice-chancelier Megarry a conclu, à la p. 285, que

also, *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 331 (Q.B.), at pp. 341-49, 351-57, rev'd in part, [1992] 4 All E.R. 409 (C.A.), at pp. 416-18, rev'd in part on other grounds, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.).

(c) Nature of the Breach of Trust

With regard to the first issue, the nature of the breach of trust, the authorities can be divided into two lines. Most of the English authorities have followed the *Barnes v. Addy* standard which requires participation by the stranger in a dishonest and fraudulent design. See *Carl-Zeiss-Stiftung*, *supra*, at p. 379; *Belmont Finance*, *supra*, at p. 135; Pettit, *supra*, at pp. 154-56; Underhill, *supra*, at pp. 355-57. An extensive review of the authorities was undertaken by Ungoed-Thomas J. in the *Selangor* case. He concluded as follows at pp. 1104-5:

I come to the third element, "dishonest and fraudulent design on the part of the trustees". I have already indicated my view, for reasons already given, that this must be understood in accordance with equitable principles for equitable relief.

I therefore cannot accept the suggestion that, because an action is not of such a dishonest and fraudulent nature as to amount to some crime, that it is not fraudulent and dishonest in the eyes of equity — or that an intention eventually to restore or give value for property — which it was suggested might provide a good defence to a criminal charge — would of itself make its appropriation and use in the meantime, with its attendant risks and deprivation of the true owner, unobjectionable in equity, and thus make what would otherwise be dishonest and fraudulent free from such objection.

It was suggested for the plaintiff company that "fraudulent" imports the element of loss into what is dishonest, so that the phrase means dishonest resulting in loss to the claimant. It seems to me unnecessary and, indeed, undesirable to attempt to define "dishonest and

le manque de diligence démontrée dans les cas où il y a connaissance présumée n'équivaut normalement pas à un manque de probité et sera, par conséquent, insuffisant pour que la conscience du tiers puisse être mise en cause. Voir aussi *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 331 (B.R.), aux pp. 341 à 349 et 351 à 357, inf. en partie par [1992] 4 All E.R. 409 (C.A.), aux pp. 416 à 418, inf. en partie pour d'autres motifs par [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.).

c) La nature de la violation d'une obligation fiduciaire

Pour ce qui est de la première question, la nature de la violation d'une obligation fiduciaire, la jurisprudence et la doctrine peuvent être divisées en deux écoles. La plupart des arrêts et des ouvrages anglais ont suivi la norme de l'arrêt *Barnes c. Addy* qui exige la participation du tiers à la réalisation d'un dessein malhonnête et frauduleux. Voir *Carl-Zeiss-Stiftung*, précité, à la p. 379; *Belmont Finance*, précité, à la p. 135; Pettit, *op. cit.*, aux pp. 154 à 156; Underhill, *op. cit.*, aux pp. 355 à 357. Le juge Ungoed-Thomas a fait un examen approfondi de la jurisprudence et de la doctrine dans l'affaire *Selangor*. Il conclut, aux pp. 1104 et 1105:

[TRADUCTION] J'arrive au troisième élément, le «dessein malhonnête et frauduleux des fiduciaires». J'ai déjà émis l'opinion, pour les motifs exposés ci-dessus, que cet élément doit être interprété selon les principes de l'*equity* applicables à la réparation fondée sur l'*equity*.

Je ne peux donc pas accepter l'argument que, parce qu'une action n'est pas malhonnête et frauduleuse au point d'équivaloir à un crime, elle n'est pas malhonnête et frauduleuse au regard de l'*equity* — ou que l'intention de restituer les biens ou d'en rembourser le prix plus tard — qui, selon ce qu'on a prétendu, pourrait être une défense valable contre une accusation criminelle — rend en soi l'appropriation et l'utilisation dans l'intervalle, malgré les risques qu'elles comportent et la privation subie par le véritable propriétaire, acceptables au regard de l'*equity*, et rend par conséquent irréprochable ce qui serait par ailleurs malhonnête et frauduleux.

On a fait valoir au nom de la société demanderesse que le terme «frauduleux» ajoute à ce qui est malhonnête l'élément de perte, de sorte que l'expression signifie malhonnête et causant une perte au demandeur. Il ne me semble pas utile, et même il me semble peu souhai-

fraudulent design”, since a definition in vacuo, without the advantage of all the circumstances that might occur in cases that might come before the court, might be to restrict their scope by definition without regard to, and in ignorance of, circumstances which should patently come within them. The words themselves are not terms of art and are not taken from a statute or other document demanding construction. They are used in a judgment as the expression and indication of an equitable principle and not in a document as constituting or demanding verbal application and, therefore, definition. They are to be understood “according to the plain principles of a court of equity” to which SIR RICHARD KINDERSLEY, V.-C., referred [in *Bodenham v. Hoskins*, (1852), 21 L.J.Ch. at p. 873; [1843-60] All E.R. Rep. at p. 697], and these principles, in this context at any rate, are just plain, ordinary commonsense. I accept that “dishonest and fraudulent”, so understood, is certainly conduct which is morally reprehensible; but what is morally reprehensible is best left open to identification and not to be confined by definition.

In *Belmont Finance*, *supra*, at p. 135, Goff L.J. discussed the approach taken on this issue by Ungoed-Thomas J. in *Selangor*, *supra*:

If and so far as Ungoed-Thomas J intended, as I think he did, to say that it is not necessary that the breach of trust in respect of which it is sought to make the defendant liable as a constructive trustee should be fraudulent or dishonest, I respectfully cannot accept that view. I agree that it would be dangerous and wrong to depart from the safe path of the principle as stated by Lord Selborne LC [in *Barnes v. Addy*, *supra*] to the uncharted sea of something not innocent (and counsel for the plaintiff conceded that mere innocence would not do) but still short of dishonesty.

In my judgment, therefore, it was necessary in this case . . . to prove, that the breach of trust by the directors [who were the trustees] was dishonest.

In the same case, Buckley L.J. stated at p. 130:

table, de tenter de définir l’expression «dessein malhonnête et frauduleux», puisqu’en donnant une définition dans l’abstrait, sans référence à toutes les circonstances que les tribunaux pourraient avoir à apprécier dans les litiges dont ils seraient saisis, l’on pourrait restreindre la portée de ces termes sans prendre en considération et sans connaître les circonstances qui devraient manifestement être visées par ceux-ci. Ce ne sont pas des termes techniques et ils ne sont pas tirés de textes de loi ou d’autres documents qu’il faut interpréter. Ils sont employés dans un jugement qui traite d’un principe d’équité et non dans un document qui constitue ou qui nécessite une interprétation et, par conséquent, une définition. Ils doivent être interprétés «selon les principes ordinaires d’une cour d’équité» dont parlait SIR RICHARD KINDERSLEY, vice-chancelier [dans l’arrêt *Bodenham c. Hoskins*, (1852), 21 L.J.Ch. à la p. 873; [1843-60] All E.R. Rep., à la p. 697], et ces principes, dans le présent contexte en tout cas, représentent le simple bon sens. Je conviens que les mots «malhonnête et frauduleux», ainsi compris, désignent une conduite moralement répréhensible; mais il vaut mieux identifier dans chaque cas ce qui est moralement répréhensible que de le restreindre par une définition.

Dans l’arrêt *Belmont Finance*, précité, à la p. 135, le lord juge Goff analyse le point de vue du juge Ungoed-Thomas dans l’affaire *Selangor*, précitée:

[TRADUCTION] Si, et dans la mesure où, le juge Ungoed-Thomas a voulu, comme je crois qu’il l’a voulu, dire qu’il n’est pas nécessaire que la violation d’une obligation fiduciaire pour laquelle on veut attribuer au défendeur une responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation, soit malhonnête et frauduleuse, je dois malheureusement exprimer mon désaccord. Je conviens qu’il serait dangereux et erroné de s’écarter du principe prudent qu’a énoncé le lord chancelier Selborne [dans l’arrêt *Barnes c. Addy*, précité] pour adopter le concept inexploré de ce qui n’est pas innocent (et l’avocat de la demanderesse a concédé que la simple innocence ne suffirait pas) mais n’équivaut pas à de la malhonnêteté.

À mon sens, par conséquent, il était nécessaire en l’espèce [. . .] de prouver que la violation d’une obligation fiduciaire par les administrateurs [qui étaient les fiduciaires] était malhonnête.

Dans le même arrêt, le lord juge Buckley dit, à la p. 130:

... I do not myself see that any distinction is to be drawn between the words 'fraudulent' and 'dishonest'; I think they mean the same thing, and to use the two of them together does not add to the extent of dishonesty required.

The plaintiff has contended that in every case the court should consider whether the conduct in question was so unsatisfactory, whether it can be strictly described as fraudulent or dishonest in law, as to make accountability on the footing of constructive trust equitably just. This, as I have said, is admitted to constitute an extension of the rule as formulated by Lord Selborne LC [in *Barnes v. Addy*, *supra*]. That formulation has stood for more than 100 years. To depart from it now would, I think, introduce an undesirable degree of uncertainty to the law, because if dishonesty is not to be the criterion, what degree of unethical conduct is to be sufficient? I think we should adhere to the formula used by Lord Selborne LC. So in my judgment the design must be shown to be a dishonest one, that is to say, a fraudulent one.

In the oft-cited case of *Baden, Delvaux, supra*, at p. 406, Peter Gibson J. reviewed the authorities on this point:

As to the second element the relevant design on the part of the trustee must be dishonest and fraudulent. In *Selangor* [1968] 2 All ER 1073 at 1098, 1104 Ungood-Thomas J held that this element must be understood in accordance with equitable principles for equitable relief and that conduct which is morally reprehensible can properly be said to be dishonest and fraudulent for the purposes of that element. But in *Belmont Finance Corp Ltd v Williams Furniture Ltd* [1979] Ch 250 the Court of Appeal made clear that it is not sufficient that there should be misfeasance or a breach of trust falling short of dishonesty and fraud. For present purposes there is no distinction to be drawn between the two adjectives 'dishonest' and 'fraudulent' (see *Belmont* at 267). It is common ground between the parties that I can take as a relevant description of fraud 'the taking of a risk to the prejudice of another's rights, which risk is known to be one which there is no right to take' (*R v Sinclair* [1968] 3 All ER 241).

[TRADUCTION] ... je ne pense pas pour ma part qu'une distinction s'impose entre les mots «frauduleux» et «malhonnête»; je pense qu'ils ont le même sens, et les employer ensemble n'élargit pas l'étendue de la malhonnêteté exigée.

La société demanderesse a soutenu que le tribunal doit dans tous les cas décider si la conduite en cause a été tellement peu satisfaisante, qu'elle puisse ou non être qualifiée strictement de frauduleuse ou de malhonnête en droit, qu'il est juste selon l'*equity* d'attribuer la responsabilité sur la base de la fiducie par interprétation. On a reconnu, je le répète, que c'était là une extension de la règle énoncée par le lord chancelier Selborne [dans l'arrêt *Barnes c. Addy*, précité]. Or, cet énoncé a résisté pendant plus d'un siècle. S'en écarter aujourd'hui introduirait, à mon avis, un degré inacceptable d'incertitude dans le droit parce que, si la malhonnêteté n'est pas le critère, quel degré de conduite contraire à l'éthique sera suffisant? Je pense que nous devons nous en tenir à la formulation du lord chancelier Selborne. En conséquence, il faut prouver, à mon sens, que le dessein était malhonnête, c'est-à-dire frauduleux.

Dans l'affaire souvent citée *Baden, Delvaux*, précitée, le juge Peter Gibson passe en revue la jurisprudence sur ce point, à la p. 406:

[TRADUCTION] Quant au deuxième élément, le dessein en cause du fiduciaire doit être malhonnête et frauduleux. Dans l'affaire *Selangor* [1968] 2 All ER 1073, aux pp. 1098 et 1104, le juge Ungood-Thomas a conclu que cet élément devait être interprété selon les principes de l'*equity* applicables à la réparation fondée sur l'*equity* et qu'une conduite moralement répréhensible pouvait à bon droit être tenue pour malhonnête et frauduleuse aux fins de cet élément. Mais dans l'arrêt *Belmont Finance Corp Ltd c Williams Furniture Ltd* [1979] Ch 250, la Cour d'appel a bien précisé que l'atteinte à un droit ou une violation d'une obligation fiduciaire qui n'équivaut pas à la malhonnêteté et à la fraude n'était pas suffisante. Aux fins des présentes, aucune distinction ne s'impose entre les deux adjectifs «malhonnête» et «frauduleux» (voir l'arrêt *Belmont*, à la p. 267). Les parties s'entendent pour dire que je peux considérer applicable la définition suivante de la fraude: «le fait de courir un risque au détriment des droits d'autrui, lorsque l'on court ce risque sciemment et sans droit» (*R c Sinclair* [1968] 3 All ER 241).



The English “fraudulent and dishonest design” analysis was adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *MacDonald v. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110. In that case, one of the trustees opened a margin account in his own name for the purpose of securities trading. He pledged securities belonging to the estate for which he was trustee with a broker as security for the margin, and gave his business associate Hauer his power of attorney on the account. The profits on the account were to be shared equally between the trustee and Hauer. The estate’s securities were eventually sold by Hauer. Bayda J.A. (as he then was) found Hauer liable in equity for breach of trust as a constructive trustee. Relying on *Barnes v. Addy, supra*, Bayda J.A. held at p. 121 that the three essential elements for finding a stranger to a trust to be a constructive trustee were: “(1) assistance by the stranger of a nominated trustee (2) with knowledge (3) in a dishonest and fraudulent design on the part of the nominated trustee (or fraudulent or dishonest disposition of the trust property)”, although it should be noted that Bayda J.A. appears later in his analysis also to rely on a passage from *Selangor, supra*, which is characteristic of the second approach, discussed below.

*Barnes v. Addy* was also followed in *Scott v. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67 (B.C.S.C.). In that case, the two defendants were the directors of a construction company. The directors had failed to comply with the provisions of the *Mechanics’ Lien Act, 1956*, S.B.C. 1956, c. 27, requiring certain monies to be held in trust. All monies received were deposited into one bank account, which was always overdrawn. The director and president of the corporation, Riehl, “knew that monies deposited, such as those received from the plaintiffs, must [not] be used for the general purposes of the company in abuse of the trust created by s. 3 of the Act. He knowingly created, maintained and operated this unlawful system. The company was the instrument of its operation, but he was the direc-

Le point de vue anglais sur le «dessein malhonnête et frauduleux» a été repris par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans l’arrêt *MacDonald c. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110. Dans cette affaire, l’un des fiduciaires avait ouvert un compte sur marge à son propre nom pour faire des opérations sur titres. Il a laissé en gage au courtier, pour garantir la marge, des titres appartenant à la succession dont il était le fiduciaire et il a donné à son associé Hauer une procuration à l’égard du compte. Le fiduciaire et Hauer devaient partager à parts égales les profits tirés du compte. Hauer a finalement vendu les titres de la succession. Le juge Bayda (maintenant Juge en chef de la Saskatchewan) a déclaré que Hauer était responsable en *equity* de violation d’une obligation fiduciaire en qualité de fiduciaire par interprétation. S’appuyant sur l’arrêt *Barnes c. Addy*, précité, le juge Bayda a conclu, à la p. 121, que les trois éléments essentiels pour conclure qu’un tiers était fiduciaire par interprétation étaient les suivants: [TRADUCTION] «(1) le tiers a apporté son aide à un fiduciaire désigné; (2) il a agi en connaissance de cause; (3) le fiduciaire désigné avait un dessein malhonnête et frauduleux (ou il a aliéné les biens en fiducie de façon frauduleuse ou malhonnête)», mais il y a lieu de noter que, plus loin dans son analyse, il semble aussi s’être appuyé sur un extrait de l’affaire *Selangor*, précitée, qui est caractéristique de la seconde démarche examinée ci-dessous.

L’arrêt *Barnes c. Addy* a aussi été suivi dans l’affaire *Scott c. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67 (C.S.C.-B.). Dans cette affaire, les deux défendeurs étaient les administrateurs d’une société de construction. Les administrateurs n’avaient pas respecté les dispositions de la *Mechanics’ Lien Act, 1956*, S.B.C. 1956, ch. 27, qui prescrivait que certaines sommes soient détenues en fiducie. Toutes les sommes perçues étaient déposées dans un compte en banque, qui était toujours à découvert. Riehl, administrateur et président de la société, [TRADUCTION] «savait que les sommes déposées, notamment celles reçues des demandeurs, [ne] devaient [pas] être affectées aux activités générales de la société, en contravention de la fiducie créée par l’art. 3 de la Loi. Il a sciemment

tor" (p. 70). Wilson J. (as he then was) concluded at pp. 73-74 as follows:

... on the facts here Riehl, as agent received and misdirected trust funds. The acts of reception and application of these particular monies may not physically have been his, but they were entirely directed by him, with the possible, although not proven, collusion of the defendant Schumak. Riehl received a benefit, through the payment of his salary out of the account into which these trust funds were paid. His complicity in the misappropriation of these funds is proven; it was not an act of negligence or a mistake of judgment but a wrongful act knowingly done. In these circumstances not only the principal but the agent is liable.

I have not ignored the numerous cases cited to me by defence counsel in which it has been held that directors are not personally responsible to strangers for acts done by them on behalf of the company but are at most responsible to the company. I only say that none of these cases goes so far as to say that where a fraudulent breach of trust known by the director to be fraudulent, is done by the company at his direction, so that he is not only a party to but the instigator of the fraudulent breach of trust and benefits from the breach of trust he is not to be held liable.

In *Wawanesa Mutual Insurance Co.*, *supra*, the defendant corporation Chalmers was the agent of the plaintiff insurance company, Wawanesa. The defendant Mislowski was the sole shareholder, president, general manager, and the only active director of Chalmers. There was no written agency agreement between Chalmers and Wawanesa, but a provision in *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1960, c. 77, provided that an agent who received monies as premiums for a contract of insurance was "deemed to hold the premium in trust for the insurer" and liable to pay out to the insurer such monies less commission within 15 days after demand. The insurance company sued both the corporation and Mislowski for unpaid insurance premiums collected by the corporation,

créé, maintenu et fait fonctionner ce système illégal. C'est par l'entremise de la société qu'il l'a fait fonctionner, mais il en était l'administrateur» (p. 70). Le juge Wilson (plus tard Juge en chef de la Cour suprême de la C.-B.) a conclu, aux pp. 73 et 74:

[TRADUCTION] ... il ressort des faits de l'espèce que Riehl, en tant que mandataire, a reçu et mal employé les fonds en fiducie. Il n'a peut-être pas lui-même reçu et utilisé ces sommes, mais il a assumé seul la direction des opérations, peut-être avec la connivence, qui n'a pas été prouvée, du défendeur Schumak. Riehl a reçu un avantage, sous la forme du paiement de son salaire sur le compte dans lequel ces fonds en fiducie étaient déposés. Sa complicité dans le détournement des fonds a été établie; ce n'était pas un acte fait par suite d'une négligence ou d'une erreur de jugement, mais un acte fautif, accompli sciemment. Vu les circonstances, le mandant et le mandataire sont tous deux responsables.

J'ai tenu compte des nombreux précédents cités par l'avocat de la défense dans lesquels les tribunaux ont décidé que les administrateurs ne sont pas personnellement responsables envers les tiers des actes qu'ils ont accomplis au nom de la société, mais que tout au plus, une responsabilité envers la société leur incombe. Je dis seulement qu'aucune de ces décisions ne va jusqu'à dire que, si une violation frauduleuse d'une obligation fiduciaire, dont l'administrateur connaît le caractère frauduleux, est commise par la société sous sa direction, de sorte qu'il est non seulement partie à la violation, mais encore l'instigateur de la violation frauduleuse d'une obligation fiduciaire et qu'il en tire avantage, il ne doit pas être tenu responsable.

Dans l'affaire *Wawanesa Mutual Insurance Co.*, précitée, la société Chalmers, défenderesse, était un agent de la compagnie d'assurances demanderesse, Wawanesa. Le défendeur Mislowski était le seul actionnaire, président, directeur général et le seul administrateur actif de Chalmers. Aucun contrat d'agence écrit ne liait Chalmers et Wawanesa, mais une clause de *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1960, ch. 77, portait qu'un agent qui recevait des sommes au titre de primes d'assurance était [TRADUCTION] «réputé détenir la prime en fiducie pour le bénéfice de l'assureur» et était tenu de verser ces sommes à l'assureur, une fois les commissions soustraites, dans un délai de 15 jours après en avoir reçu la demande. La compagnie d'assurances a poursuivi la société et Mislowski

which had been deposited into the corporation's general account from which office expenses and salaries had been paid. Mislowski also had a construction business with a separate general account, but he constantly transferred funds between the insurance and construction accounts. The trial judge held the corporation liable for breach of trust, and then proceeded to discuss the liability of Mislowski at p. 287:

The conversion of the trust funds to other purposes was a wrongful and illegal act or series of acts. There can be no doubt that the breach was inspired and directed by Mislowski who made all the corporate decisions. See Underhill's *Law Relating to Trusts & Trustees*, 11th ed., p. 558:

... the liability for breach of trust is not confined to express trustees, but extends to all who are actually privy to the breach.

The trial judge therefore concluded that Mislowski was also liable for Wawanesa's loss.

There is, however, a second line of Canadian authority, holding that a person who is the controlling or directing mind of a corporate trustee can be liable for an innocent or negligent breach of trust if the person knowingly assisted in the breach of trust. That is, in these cases, proof of fraud and dishonesty has not been required. In *Horsman Bros. Holdings Ltd. v. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745 (B.C.S.C.), which involved similar facts to those in *Scott v. Riehl*, *supra*, counsel for the beneficiary of the statutory trust conceded that the breach of trust was "innocent", that is, that the defendant directors had no knowledge that they were committing a breach of trust by conducting the corporation's affairs in the way in which they did. However, he relied upon the decision in *Scott v. Riehl* in support of the contention that the defendant directors should nonetheless be personally lia-

pour les primes non payées que la société avait perçues et qui avaient été déposées dans son compte général sur lequel les charges d'exploitation et les salaires avaient été payés. Mislowski avait aussi une entreprise de construction qui avait un compte général distinct, mais il transférait sans cesse des fonds du compte d'agent d'assurances au compte de l'entreprise de construction et vice versa. Le juge de première instance a conclu que la société était responsable de violation d'une obligation fiduciaire, puis s'est penché sur la responsabilité de Mislowski, à la p. 287:

[TRADUCTION] L'emploi des fonds en fiducie à d'autres fins représentait un acte ou une série d'actes fautifs et illégaux. Il n'y a aucun doute que la violation a été inspirée et dirigée par Mislowski, qui a pris toutes les décisions pour la société. Voir Underhill, *Law Relating to Trusts & Trustees*, 11<sup>e</sup> éd., à la p. 558:

... la responsabilité pour violation d'une obligation fiduciaire n'est pas limitée aux fiduciaires expressément désignés, mais s'étend à toutes les parties qui sont effectivement au courant de la violation.

Le juge de première instance a donc conclu que Mislowski était également responsable de la perte subie par Wawanesa.

Il existe cependant un second courant jurisprudentiel au Canada, selon lequel, la responsabilité pour violation d'une obligation fiduciaire commise de bonne foi ou par négligence peut être attribuée à la personne qui est l'âme dirigeante d'une société fiduciaire, si elle a sciemment aidé à commettre la violation. C'est-à-dire que, dans ces causes, la preuve de la fraude et de la malhonnêteté n'a pas été exigée. Dans *Horsman Bros. Holdings Ltd. c. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745 (C.S.C.-B.), qui portait sur des faits semblables à ceux de l'affaire *Scott c. Riehl*, précitée, l'avocat de la bénéficiaire de la fiducie créée par la loi a concédé que la violation d'une obligation fiduciaire avait été commise «de bonne foi», c'est-à-dire que les administrateurs défendeurs ignoraient qu'ils commettaient une violation d'une obligation fiduciaire en dirigeant les affaires de la société comme ils l'ont fait. Toutefois, il a invoqué la décision *Scott c. Riehl* pour affirmer que les administrateurs défendeurs devraient néanmoins être

ble for the corporate breach of trust. Craig J. held as follows at pp. 750-51:

Counsel for the defendants seeks to distinguish the *Riehl* case on the ground that Wilson J. was dealing with a “fraudulent” breach of trust whereas in this case I am dealing with an “innocent” breach of trust. I am not sure that Wilson J. was dealing with a “fraudulent” breach of trust in the *Riehl* case, but, even if he were, I think that his remarks are equally applicable to an “innocent” breach of trust. If a person deals with the funds, which are within the meaning of s. 3, in a manner inconsistent with the trust, he breaches the trust, even though he may do so “innocently”.

Accordingly, I find that the defendants did breach the trust provisions of s. 3 and that they are liable to the plaintiff for this breach.

This analysis was adopted by the British Columbia Court of Appeal in *Trilec Installations Ltd. v. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766. On facts similar to *Horsman Bros.*, *supra*, the beneficiaries of a trust under the *Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1979, c. 40, sued the corporate trustee and its director for breach of trust. The defendant director argued, at p. 767, that “by simply depositing the trust moneys in the corporate appellant’s general bank account from which it was taken by others than the beneficiaries of the trust”, there was no breach of trust. Carrothers J.A. noted that the defendant director and corporate president, who had personally made the deposit of the funds in question, had conceded that he knew when he made the deposit that the funds probably would be taken, as in fact they were, by persons other than the trust beneficiaries. Carrothers J.A. concluded that the defendant director had committed a breach of trust by failing to preserve the trust monies for the trust beneficiaries, and instead depositing the monies for the general purposes of the trustee cor-

tenus personnellement responsables de la violation d’une obligation fiduciaire par la société. Le juge Craig a conclu, aux pp. 750 et 751:

[TRADUCTION] L’avocat des défendeurs cherche à faire une distinction d’avec l’affaire *Riehl* parce que le juge Wilson examinait une violation «frauduleuse» d’une obligation fiduciaire, tandis qu’en l’espèce, je dois me prononcer sur une violation «de bonne foi» d’une obligation fiduciaire. Je ne suis pas certain que le juge Wilson examinait une violation «frauduleuse» d’une obligation fiduciaire dans l’affaire *Riehl*, mais, même si c’était le cas, je pense que ses remarques s’appliquent aussi à la violation «de bonne foi». Si une personne gère les fonds visés par l’art. 3 d’une manière incompatible avec la fiducie, elle viole l’obligation fiduciaire, même si elle agit «de bonne foi».

Par conséquent, je conclus que les défendeurs ont violé les dispositions de l’art. 3 relatives à la fiducie et qu’ils sont responsables envers la demanderesse de cette violation.

Cette analyse a été adoptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Trilec Installations Ltd. c. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766. Relativement à des faits semblables à ceux de l’affaire *Horsman Bros.*, précitée, les bénéficiaires d’une fiducie en vertu de la *Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 40, ont intenté une action en violation d’une obligation fiduciaire contre la société fiduciaire et son administrateur. L’administrateur défendeur a soutenu, à la p. 767, que [TRADUCTION] «le simple fait d’avoir déposé dans le compte en banque général de la société appelante les fonds en fiducie, que d’autres que les bénéficiaires ont retirés», ne constituait pas une violation d’une obligation fiduciaire. Le juge Carrothers a fait observer que le défendeur, administrateur et président de la société, qui avait lui-même fait le dépôt des fonds en question, avait admis qu’il savait, en faisant le dépôt, que ceux-ci seraient probablement retirés, comme ils l’ont été, par d’autres que les bénéficiaires de la fiducie. Il a conclu que l’administrateur défendeur avait commis une violation d’une obligation fiduciaire en ne préservant pas les sommes en fiducie pour les bénéficiaires et en déposant plutôt les sommes dans un compte général de la société fiduciaire.

poration. Therefore, he was personally liable for his breach of trust.

The Ontario Court of Appeal in the present case relied heavily on *Henry Electric, supra*, in which the British Columbia Court of Appeal dealt with facts very similar to the present case, although involving a statutory trust under the *Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1979, c. 40. Farwell was the owner and sole director of the corporation. Carrothers J.A. held, at pp. 485-86, that he was the single operating mind of the corporation and was personally liable for the corporate breach of trust:

In my view Farwell, as the sole director and shareholder of the Farwell company, was the exclusive operating mind of that company and was correctly held liable for the breach of trust first by putting the general account of the Farwell company in jeopardy to satisfy its loan from its banker and subsequently by allowing the deposit of trust funds into the general account of the corporation for general purposes without adequate account controls thus exposing the trust funds to withdrawal unilaterally by the bank for purposes in breach of the trust. While the bank did not forewarn either the Farwell company or Farwell of this particular application of contract moneys against the Farwell company's indebtedness to the bank, this action was foreseeable and ought to have been foreseen and guarded against.

Farwell was clearly a director of the Farwell company who knowingly assented to or acquiesced in the breach of trust and he is personally liable for breach of trust in addition to the corporation. I do not make the *quasi-criminal* finding that Farwell has committed an offence under the provisions of s. 2(2) of the Act, but rather that Farwell is civilly liable for the breach of trust contemplated by those provisions.

It is also not to be overlooked that, in addition to foreseeability by Farwell of the breach of trust which occurred, Farwell personally benefited from the breach

Par conséquent, une responsabilité personnelle lui incombait pour la violation d'une obligation fiduciaire.

La Cour d'appel de l'Ontario dans la présente espèce a accordé beaucoup d'importance à l'arrêt *Henry Electric*, précité, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné des faits très semblables à ceux de l'espèce, quoiqu'ils aient concerné une fiducie en vertu de la *Builders Lien Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 40. Farwell était propriétaire et seul administrateur de la société. Le juge Carrothers a conclu, aux pp. 485 et 486, qu'il en était l'unique âme dirigeante et qu'il était personnellement responsable de la violation d'une obligation fiduciaire par la société:

[TRADUCTION] À mon avis, Farwell, en qualité de seul administrateur et actionnaire de la société Farwell, était l'unique âme dirigeante de cette société et on lui a attribué à bon droit la responsabilité de la violation d'une obligation fiduciaire, d'abord parce qu'il a mis le compte général de la société Farwell en mauvaise posture afin de rembourser un prêt consenti par son banquier et, ensuite, parce qu'il a permis le dépôt des fonds en fiducie dans le compte général de la société pour ses activités générales sans avoir de regard suffisant sur le compte, courant ainsi le risque de voir la banque retirer unilatéralement les fonds en fiducie à des fins contraires à la fiducie. Bien que la banque n'ait pas averti la société Farwell ni Farwell qu'elle allait utiliser les sommes provenant de contrats pour rembourser la dette de Farwell envers elle, cette action était prévisible et aurait dû être prévue et faire l'objet de mesures protectrices.

Farwell était de toute évidence un administrateur de la société Farwell qui a sciemment consenti à la violation d'une obligation fiduciaire, et il est personnellement responsable de la violation d'une obligation fiduciaire, en plus de la responsabilité de la société. Je ne conclus pas qu'une responsabilité quasi pénale incombe à Farwell pour l'infraction prévue au par. 2(2) de la Loi, mais plutôt que Farwell a une responsabilité civile pour la violation d'une obligation fiduciaire visée dans ces dispositions.

Il ne faut pas oublier non plus que, non seulement la violation d'une obligation fiduciaire était prévisible pour Farwell, mais encore qu'il en a personnellement tiré

by reduction of his personal liability on his guarantee to the bank in respect of the Farwell company loan.

Esson J.A. (as he then was) dissented, relying on *Scott v. Riehl*, *supra*. He distinguished that case on the grounds that the one bank account was always overdrawn, and Riehl knew that the trust monies deposited in that account should not have been used for the general purposes of the company in abuse of the trust. Nevertheless, he accepted “that a person in Mr. Farwell’s position can be liable without proof of fraud.” He relied on s. 2 of the statute which provided that the trustee “shall not appropriate or convert any part of (the trust monies) to his own use, or to any use not authorized by the trust”. Esson J.A. noted at p. 489 that under s. 2, “[t]he unauthorized use may not be fraudulent and yet the agent may be liable for his part in bringing about the breach if he be the instigator of the breach and benefit from it.”

Nonetheless, Esson J.A. held that there had been no breach of trust by the company, as there had been no appropriation or conversion of trust funds to the use of the company or any use not authorized by the trust. Esson J.A. stated that the act in that case, as distinct from *Scott v. Riehl*, was not a wrongful act knowingly done, although it may have been an act of negligence. Esson J.A. found, contrary to the majority’s finding, that the bank’s unilateral act of withdrawal of the trust monies from the general account was not reasonably foreseeable by Farwell. Esson J.A. concluded as follows at p. 491:

To put the trust funds into a pot, without any other element of fault, does not, in my view, constitute appropriation or conversion of the fund to the trustee’s own use or any use not authorized by the trust. Unless there was a breach of trust, the potential benefit to Mr. Farwell from the act of the bank, by reducing the company’s indebtedness and thus his indebtedness on his guarantee, is not relevant. It may be that the statute which creates

avantage car l’engagement personnel qu’il avait donné à la banque pour garantir le prêt de la société Farwell a été réduit.

a Le juge Esson (maintenant Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) a exprimé sa dissidence, en s’appuyant sur l’affaire *Scott c. Riehl*, précitée. Selon lui, la situation dans cette affaire était différente parce que le seul compte en banque y était toujours à découvert et que Riehl savait que les sommes en fiducie déposées dans ce compte n’auraient pas dû être affectées aux activités générales de la société en contrevention de la fiducie. Néanmoins, il a convenu [TRADUCTION] «qu’une personne dans la situation de M. Farwell peut être tenue responsable sans que la fraude ait été prouvée». Il s’est fondé sur l’art. 2 de la loi qui disposait que le fiduciaire [TRADUCTION] «ne doit pas détourner les (fonds en fiducie) pour son propre bénéfice ni les employer à toute fin non autorisée par la fiducie». Le juge Esson a fait remarquer, à la p. 489, que, sous le régime de l’art. 2, [TRADUCTION] «[l]’emploi non autorisé e peut ne pas être frauduleux et pourtant le mandataire peut être tenu responsable pour son rôle dans la violation s’il en est l’instigateur et s’il en retire un avantage».

f Néanmoins, le juge Esson a décidé que la société n’avait pas violé l’obligation fiduciaire, car les fonds en fiducie n’avaient pas été détournés pour le bénéfice de la société ni employés à une autre fin non autorisée par la fiducie. Selon lui, l’acte en cause, par contraste avec l’affaire *Scott c. Riehl*, n’était pas un acte fautif commis sciemment, encore qu’il ait peut-être résulté de la négligence. Il a décidé, contrairement à la majorité, que l’acte h unilatéral de la banque, qui avait retiré les fonds en fiducie du compte général, n’était pas raisonnablement prévisible pour Farwell. Il a conclu, à la p. 491:

i [TRADUCTION] Placer les fonds en fiducie dans un fonds commun, si aucune autre faute n’a été établie, ne constitue pas, à mon sens, un détournement de fonds pour le bénéfice du fiduciaire ni un emploi non autorisé par la fiducie. Sauf en cas de violation d’une obligation fiduciaire, l’avantage que M. Farwell pouvait tirer de l’acte de la banque, qui a réduit la dette de la société et par le fait même la garantie qu’il avait donnée, n’est pas perti-

the trust should impose liability upon persons who are the directing mind of corporate trustees and who fail to ensure that the trust funds are dealt with in the most prudent manner possible. But as the law stands there was on these facts no basis for imposing liability on the director.

The second line of authority, in which proof of fraud and dishonesty is not required, was also adopted in Ontario in *Andrea Schmidt Construction Ltd.*, *supra*. That case involved a mortgage between Blendcraft Construction (the mortgagor) and a real estate investment corporation called Burnac (the mortgagee). The parties had agreed that a portion of monies advanced under the mortgage would be applied to reduce Blendcraft's indebtedness under an unrelated mortgage, known as the Thompson mortgage, also held by Burnac. The advance given by Blendcraft to Burnac for this purpose was subject to a trust under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267. Schmidt, an unpaid contractor, sued Blendcraft, its director, and Burnac for breach of trust. The trial judge imposed personal liability on Mr. Glatt, the sole shareholder, director and officer of Blendcraft for breach of trust by the corporation with respect to the monies held in trust under *The Mechanics' Lien Act*. The trial judge concluded as follows at pp. 575-76:

There remains to be considered the liability of Mr. Glatt. He was the sole officer, director and shareholder of Blendcraft. His evidence was that he had no personal dealings with or liability to Schmidt [the beneficiary of the trust] and that all his dealings were as an officer of Blendcraft as were all his dealings with Burnac. While that may be correct as far as it goes, every act of Blendcraft including its breach of trust was expressly directed by Glatt. Glatt was aware that Blendcraft was committing a breach of trust. It was Glatt, as agent of Blendcraft, who acquiesced in the misdirection of trust funds. He received a benefit from the diversion in that his liability as covenantor on the Thompson mortgage was reduced. The situation in this case is similar to the situations in the two cases in British Columbia cited by counsel: *Scott et al. v. Riehl & Schumak* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67, 25 W.W.R. 525; and *Horsman Bros.*

Il se peut que la loi qui crée la fiducie devrait attribuer une responsabilité aux personnes qui sont les âmes dirigeantes de sociétés fiduciaires et qui ne veillent pas à ce que les fonds en fiducie soient gérés de la manière la plus prudente possible. Mais, vu l'état actuel du droit et les faits de l'espèce, aucune raison ne justifiait l'attribution d'une responsabilité à l'administrateur.

Le second courant jurisprudentiel, selon lequel il n'est pas nécessaire de faire la preuve de la fraude et de la malhonnêteté, a également été suivi en Ontario dans l'arrêt *Andrea Schmidt Construction Ltd.*, précité. Cette affaire portait sur une hypothèque accordée par Blendcraft Construction (débiteur) à une société d'investissement immobilier appelée Burnac (créancière). Les parties avaient convenu qu'une partie des sommes avancées, garanties par l'hypothèque, compenserait la dette de Blendcraft garantie par une autre hypothèque, appelée l'hypothèque de Thompson, aussi accordée par Burnac. L'avance donnée par Blendcraft à Burnac à cette fin était assujettie à une fiducie en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, ch. 267. Schmidt, entrepreneur dont la créance était exigible, a poursuivi Blendcraft, son administrateur et Burnac pour violation d'une obligation fiduciaire. Le juge de première instance a attribué une responsabilité personnelle à M. Glatt, seul actionnaire, administrateur et dirigeant de Blendcraft, pour la violation d'une obligation fiduciaire par la société relativement aux sommes détenues en fiducie en vertu de la *Mechanics' Lien Act*. Le juge a conclu, aux pp. 575 et 576:

[TRADUCTION] Il reste à statuer sur la responsabilité de M. Glatt. Il était le seul dirigeant, administrateur et actionnaire de Blendcraft. Il a témoigné ne pas avoir fait affaire personnellement avec Schmidt [bénéficiaire de la fiducie] ni avoir d'obligation envers lui, et avoir traité avec lui seulement à titre de dirigeant de Blendcraft comme il l'a fait avec Burnac. Bien que ce soit peut-être exact pour autant que l'on sache, chaque acte qu'a accompli Blendcraft, y compris la violation d'une obligation fiduciaire, a été le résultat d'un ordre exprès de Glatt. Celui-ci savait que Blendcraft commettait une violation d'une obligation fiduciaire. C'est lui, en qualité de mandataire de Blendcraft, qui a donné son accord au détournement des fonds en fiducie. Il a tiré avantage du détournement, car sa responsabilité comme partie contractante de l'hypothèque de Thompson a été diminuée. La situation en l'espèce est semblable à celle de

*Holdings Ltd. et al. v. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745. In both those cases, directors were held liable for breach of a mechanics' lien trust committed by their respective corporations. No reason was advanced to me as to why the principles in those cases should not be applied in Ontario. Therefore, Schmidt should also have judgment against Glatt.

In *Austin v. Habitat Development Ltd.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 359 (N.S.C.A.), the signing officer of a management company improperly diverted monies from a trust account managed for the owners of an apartment building to his own use. The other signing officer stood by, did not inform the owners and misrepresented the state of the trust account. The Nova Scotia Court of Appeal held that the company and the signing officers were fiduciaries in breach of their duty and were liable to repay the monies. Hallett J.A., concurring in the result, relied upon *Barnes v. Addy*, *supra*, *Selangor*, *supra*, and the Court of Appeal decision in the present case. He concluded, at p. 363, that "[i]t is clear from these authorities that if a director with knowledge actively participates in the conversion of trust funds, he may be found personally liable to the beneficiaries of the trust." Hallett J.A. described a conversion of trust property as follows at pp. 363-64:

A conversion is an act of wilful interference without justification with property, including money, in a manner inconsistent with the right of the owner whereby the owner is deprived of the use or possession of the property. The transfer of the trust funds to Eastland Group was a conversion of the [beneficiaries'] money.

For the majority, Freeman J.A. held that Robinson, the director who had diverted the funds, was liable for the breach of trust he committed as agent for the corporate trustee, which was also liable as principal. With regard to Whitewood, the signing

deux causes de la Colombie-Britannique que les avocats ont citées: *Scott et al. c. Riehl & Schumak* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67, 25 W.W.R. 525 et *Horsman Bros. Holdings Ltd. et al. c. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745. Dans ces deux affaires, les administrateurs ont été tenus responsables de la violation d'une obligation fiduciaire concernant un privilège du constructeur commise par leur société respective. On ne m'a fait valoir aucune raison pour laquelle les principes énoncés dans ces affaires ne devraient pas être appliqués en Ontario. Par conséquent, Schmidt devrait aussi avoir gain de cause contre Glatt.

Dans l'arrêt *Austin c. Habitat Development Ltd.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 359 (C.A.N.-É.), le dirigeant d'une société de gestion, signataire autorisé, avait détourné les fonds d'un compte en fiducie qu'il administrait au nom des propriétaires d'un immeuble d'habitation. L'autre signataire autorisé n'est pas intervenu, n'a pas informé les propriétaires et a fait une fausse déclaration quant à l'état financier du compte en fiducie. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a décidé que la société et les signataires autorisés étaient des fiduciaires qui avaient manqué à leur obligation et qui devaient rembourser les sommes. Le juge Hallett, qui a souscrit au résultat, s'est appuyé sur les décisions *Barnes c. Addy* et *Selangor*, précitées, et sur l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente espèce. Il a conclu, à la p. 363, qu' [TRADUCTION] «[i]l ressort à l'évidence de ces jugements que, si un administrateur participe en connaissance de cause et activement au détournement des fonds en fiducie, il peut être tenu personnellement responsable envers les bénéficiaires de la fiducie». Le juge Hallett définit le détournement de biens en fiducie en ces termes, aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Un détournement est un acte d'ingérence délibéré et injustifié dans des biens, y compris de l'argent, d'une manière incompatible avec le droit du propriétaire et par lequel le propriétaire est privé de l'usage ou de la possession des biens. Le transfert des fonds en fiducie à Eastland Group était un détournement de l'argent [des bénéficiaires].

Au nom de la majorité, le juge Freeman a conclu que Robinson, l'administrateur qui avait détourné les fonds, était responsable de la violation d'une obligation fiduciaire qu'il avait commise en qualité de mandataire de la société fiduciaire, qui était



officer who stood by, Freeman J.A. stated that he shared complicity with Robinson. Freeman J.A. noted, at pp. 372-73, that the difference between that case and the present case (referring to the Court of Appeal decision) was that “in the latter the converted funds were used for purposes of the company, which were incidentally beneficial to the shareholders, and were not flagrantly removed by a company officer acting for his own benefit.” Because of the blatancy of the breaches of trust committed by the directors, Freeman J.A. held that they were both personally liable to the beneficiaries.

The modified standard found in many of the Canadian cases involving directors of a closely held corporation reflects a difficulty with the application of the strict *Barnes v. Addy* standard to cases in which the corporate trustee is actually controlled by the stranger to the trust. In *Barnes v. Addy*, Lord Selborne L.C., at p. 252, expressed concerns regarding the imposition of liability on strangers to the trust in the absence of participation in a fraudulent and dishonest design: “those who create trusts do expressly intend, in the absence of fraud and dishonesty, to exonerate such agents of all classes from the responsibilities which are expressly incumbent, by reason of the fiduciary relation, upon the trustees.” Later in his reasons, Lord Selborne L.C. reiterated this position at p. 253: “if we were to hold that [a solicitor] became a constructive trustee by the preparation of such a deed, . . . not having enabled any one, who otherwise might not have had the power, to commit a breach of trust, we should be acting . . . without authority. . . .”

Generally, there are good reasons for requiring participation in a fraudulent and dishonest breach

aussi responsable à titre de mandante. Quant à Whitewood, l'autre signataire autorisé qui n'est pas intervenu, le juge Freeman a dit qu'il était complice de Robinson. Il a fait observer, aux pp. 372 et 373, que la différence entre cette affaire et la présente (en parlant de l'arrêt de la Cour d'appel) résidait dans le fait que, [TRADUCTION] «dans cette dernière, les fonds détournés ont été affectés à des activités de la société, dont les actionnaires ont tiré avantage accessoirement, et n'ont pas été retirés de façon flagrante par un dirigeant de la société agissant pour son propre bénéfice». Comme les administrateurs avaient commis une violation criante d'une obligation fiduciaire, le juge Freeman a décidé qu'une responsabilité personnelle envers les bénéficiaires leur incombait à tous les deux.

La norme modifiée utilisée dans nombre d'affaires canadiennes mettant en cause des administrateurs de sociétés à peu d'actionnaires traduit la difficulté d'application de la norme stricte énoncée dans l'arrêt *Barnes c. Addy* à des situations dans lesquelles la société fiduciaire est contrôlée en fait par une personne qui n'est pas partie à la fiducie. Dans l'arrêt *Barnes c. Addy*, le lord chancelier Selborne a exprimé, à la p. 252, des inquiétudes au sujet de l'attribution d'une responsabilité à des tiers qui n'ont pas participé à un dessein frauduleux et malhonnête: [TRADUCTION] «ceux qui créent une fiducie ont l'intention explicite d'exonérer, en l'absence de fraude et de malhonnêteté, ces mandataires de toutes les catégories de responsabilités qui incombent explicitement aux fiduciaires en raison de la fiducie». Plus loin dans ses motifs, le lord chancelier Selborne réaffirme sa position, à la p. 253: [TRADUCTION] «si nous décidions que, [un avocat] devient un fiduciaire par interprétation en rédigeant un tel acte, [. . .] sans avoir habilité quiconque n'aurait, sans cela, été investi du pouvoir de commettre une violation d'une obligation fiduciaire, nous excéderions [. . .] notre compétence . . .»

En règle générale, il y a de bonnes raisons de n'attribuer une responsabilité aux mandataires des

of trust before imposing liability on agents of the trustees:

Unlike the stranger who takes title, an agent who disposes of trust property has no choice in the matter. He is contractually bound to act as directed by his principal the trustee. It is one thing to tell an agent that he must breach his contract rather than participate in a fraud on the part of his principal. It is quite another to tell him that he must breach his contract any time he believes his principal's instructions are contrary to the terms of the trust. This is to tell the agent that he must first of all master the terms of his principal's undertaking and, secondly, enforce his own understanding of what that undertaking entails. In effect, it burdens him with the duties of trusteeship upon the mere receipt of trust property as agent. As we have seen, however, properly understood, the role of agent is distinct from that of trustee. An agent is not to be made a trustee *de son tort* unless he voluntarily repudiates the role of agent and takes on the job of a trustee. So long as he chooses to remain an agent, his loyalties are to his principal, the trustee, and he should be free to follow the latter's instructions short of participating in a fraud.

Ruth Sullivan, "Strangers to the Trust", [1986] *Est. & Tr. Q.* 217, p. 246.

It must be remembered that it is the nature of the breach of trust that is under consideration at this point in the analysis, rather than the intent or knowledge of the stranger to the trust. That is, the issue here is whether the breach of trust was fraudulent and dishonest, not whether the appellant's actions should be so characterized. *Barnes v. Addy* clearly states that the stranger will be liable if he or she knowingly assisted the trustee in a fraudulent and dishonest breach of trust. Therefore, it is the corporation's actions which must be examined. The appellant's actions will also be relevant to this examination, given the extent to which M & L was controlled by the defendant directors. The appellant's conduct will be more directly scrutinized when the issue of knowledge is under considera-

fiduciaires que s'ils ont participé à la violation frauduleuse et malhonnête d'une obligation fiduciaire:

[TRADUCTION] Contrairement au tiers qui s'attribue le titre, le mandataire qui aliène des biens en fiducie n'a pas le choix. Il est tenu, en vertu d'un contrat, d'agir conformément aux ordres de son mandant, le fiduciaire. C'est une chose que de dire au mandataire qu'il doit manquer à son contrat plutôt que de participer à une fraude commise par son mandant. C'est une tout autre chose que de lui dire qu'il doit manquer à son contrat chaque fois qu'il croit que les ordres de son mandant sont contraires aux conditions de la fiducie. C'est dire au mandataire qu'il doit tout d'abord posséder à fond les conditions de l'engagement de son mandant et, ensuite, donner suite à sa propre interprétation de ce que comporte cet engagement. En fait, c'est l'investir des fonctions du fiduciaire du simple fait qu'il reçoit les biens en fiducie en qualité de mandataire. Nous avons cependant vu que le rôle de mandataire, si on l'interprète correctement, est distinct de celui de fiduciaire. Le mandataire ne doit pas être tenu pour fiduciaire «de son tort», sauf s'il répudie volontairement le rôle de mandataire et accepte la fonction de fiduciaire. Tant qu'il choisit de rester mandataire, il doit être loyal envers son mandant, le fiduciaire, et il doit être libre de suivre les instructions de ce dernier, à la condition de ne pas participer à une fraude.

Ruth Sullivan, «Strangers to the Trust», [1986] *Est. & Tr. Q.* 217, p. 246.

Il ne faut pas oublier que c'est la nature de la violation d'une obligation fiduciaire que nous étudions à ce point de notre analyse et non l'intention ou la connaissance du tiers. C'est-à-dire que la question est de savoir si la violation d'une obligation fiduciaire a été frauduleuse et malhonnête, et non de savoir si les actions de l'appelant doivent être ainsi qualifiées. Le tribunal précise bien dans l'arrêt *Barnes c. Addy* que le tiers sera tenu responsable s'il a sciemment aidé le fiduciaire à violer l'obligation fiduciaire frauduleusement et malhonnêtement. Par conséquent, ce sont les actions de la société qu'il faut examiner. Les actions de l'appelant seront aussi pertinentes dans cet examen, étant donné le degré de contrôle exercé sur M & L par les administrateurs défendeurs. La conduite de l'appelant fera plus directement l'objet de l'examen lorsque nous étudierons la question de la con-

tion. It is unnecessary, therefore, to find that the appellant himself acted in bad faith or dishonestly.

Where the trustee is a corporation, rather than an individual, the inquiry as to whether the breach of trust was dishonest and fraudulent may be more difficult to conceptualize, because the corporation can only act through human agents who are often the strangers to the trust whose liability is in issue. Regardless of the type of trustee, in my view, the standard adopted by Peter Gibson J. in the *Baden, Delvaux* case, following the decision of the English Court of Appeal in *Belmont Finance*, *supra*, is a helpful one. I would therefore "take as a relevant description of fraud 'the taking of a risk to the prejudice of another's rights, which risk is known to be one which there is no right to take'." In my opinion, this standard best accords with the basic rationale for the imposition of personal liability on a stranger to a trust which was enunciated in *In re Montagu's Settlement Trusts*, *supra*, namely, whether the stranger's conscience is sufficiently affected to justify the imposition of personal liability. In that respect, the taking of a knowingly wrongful risk resulting in prejudice to the beneficiary is sufficient to ground personal liability. This approach is consistent with both lines of authority previously discussed.

In the instant case, as a party to the contract between itself and the respondent, M & L knew that the Air Canada monies were held in trust for the respondent, and were not for the general use of M & L. Trust accounts were set up by M & L in 1978, but never used. M & L also knew that any positive balance in its general account was subject to the Bank's demand. By placing the trust monies in the general account which were then subject to seizure by the Bank, M & L took a risk to the prejudice of the rights of the respondent beneficiary, Air Canada, which risk was known to be one which there was no right to take. See *Baden*,

naissance. Il est donc inutile de conclure que l'appelant a lui-même agi de mauvaise foi ou malhonnêtement.

Lorsque le fiduciaire est une société par actions, et non un particulier, il peut être plus difficile de trancher la question de savoir si la violation d'une obligation fiduciaire a été malhonnête et frauduleuse parce que la société ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques qui sont souvent les tierces parties dont la responsabilité est en cause. Peu importe le type de fiduciaire, à mon avis, la norme adoptée par le juge Peter Gibson dans l'affaire *Baden, Delvaux*, précitée, décision rendue postérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel anglaise *Belmont Finance*, précité, est utile. En conséquence, je [TRADUCTION] «consid[ère] applicable la définition suivante de la fraude: «le fait de courir un risque au détriment des droits d'autrui, lorsque l'on court ce risque sciemment et sans droit». À mon avis, c'est la norme qui s'accorde le mieux avec la raison d'être fondamentale de l'attribution d'une responsabilité personnelle à une personne qui n'est pas partie à la fiducie, qui a été énoncée dans l'affaire *In re Montagu's Settlement Trusts*, précitée, c'est-à-dire la question de savoir si la conscience du tiers est suffisamment en cause pour que soit justifiée l'attribution d'une responsabilité personnelle. À cet égard, le fait de courir sciemment et de manière injustifiée un risque au détriment du bénéficiaire est suffisant pour légitimer l'attribution d'une responsabilité personnelle. Cette démarche est compatible avec les deux courants jurisprudentiels analysés plus haut.

En l'espèce, en tant que partie au contrat conclu entre elle-même et l'intimée, M & L savait que les sommes appartenant à Air Canada étaient détenues en fiducie au nom de celle-ci et ne devaient pas être affectées aux activités générales de M & L. Des comptes en fiducie ont été ouverts par M & L en 1978, mais jamais utilisés. M & L savait également que tout solde positif dans son compte général pouvait être demandé par la banque. En plaçant les fonds en fiducie dans le compte général qui était susceptible d'être saisi par la banque, M & L a couru un risque au détriment des droits d'Air Canada, bénéficiaire intimée, risque qu'elle a

*Delvaux, supra.*; *Scott v. Riehl, supra.* Therefore, the breach of trust by M & L was dishonest and fraudulent from an equitable standpoint.

It is clear that the appellant participated or assisted in the breach of trust. As was the case in *Horsman Bros., supra*, the appellant dealt with the funds in question: in particular, he stopped payment on all cheques, and then opened a trust account and attempted to withdraw the stop payment orders and to transfer the funds into the new trust account in order to pay the respondent. The breach of trust was directly caused by the conduct of the defendant directors. As Griffiths J.A. observed, at p. 204, "[t]he movement of these directors, acting solely in their own interest to stop payment on cheques, not only prevented payment on cheques issued to Air Canada, but precipitated the seizure by the bank of the only funds available in the unprotected general account." In such circumstances, the directors are personally liable for the breach of trust as constructive trustees provided that the requisite knowledge on the part of the directors is proved.

With respect to the knowledge requirement, this will not generally be a difficult hurdle to overcome in cases involving directors of closely held corporations. Such directors, if active, usually have knowledge of all of the actions of the corporate trustee. In the instant case, the analysis is somewhat more difficult to resolve, as the appellant was not as closely involved with the day-to-day operations as was the other director, Martin. However, the appellant knew of the terms of the agreement between M & L and the respondent airline, as he signed that agreement. The appellant also knew that the trust funds were being deposited in the general bank account, which was subject to the demand loan from the Bank. This constitutes actual knowledge of the breach of trust. That is, even if the appellant could argue that he had no subjective knowledge of the breach of trust, given

coure sciemment et sans droit. Voir *Baden, Delvaux*, et *Scott c. Riehl*, précités. Par conséquent, la violation d'une obligation fiduciaire par M & L était malhonnête et frauduleuse selon les principes de l'*equity*.

De toute évidence, l'appellant a participé ou aidé à la violation d'une obligation fiduciaire. Comme dans l'affaire *Horsman Bros.*, précitée, l'appellant a géré les fonds en question: en particulier, il a fait opposition au paiement de tous les chèques, puis a ouvert un compte en fiducie et tenté de retirer l'opposition au paiement et de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie afin de rembourser l'intimée. La violation d'une obligation fiduciaire a été causée directement par la conduite des administrateurs défendeurs. Comme l'a fait observer le juge Griffiths, à la p. 204, [TRADUCTION] «[I]e geste de ces administrateurs, agissant seulement dans leur propre intérêt pour faire opposition à des chèques, non seulement a empêché le paiement de chèques tirés à l'ordre d'Air Canada, mais a hâté la saisie par la banque des seuls fonds se trouvant dans le compte général non protégé». Dans ces circonstances, les administrateurs sont personnellement responsables de violation d'une obligation fiduciaire à titre de fiduciaires par interprétation, à la condition qu'il soit prouvé qu'ils avaient la connaissance voulue.

Quant à la connaissance exigée, cet obstacle est généralement facile à surmonter lorsqu'il s'agit des administrateurs d'une société à peu d'actionnaires. Ces administrateurs, s'ils jouent un rôle actif, sont d'ordinaire au courant de toutes les actions de la société fiduciaire. En l'espèce, l'analyse est un peu plus difficile car l'appellant ne prenait pas une part aussi active aux activités quotidiennes que l'autre administrateur, Martin. Toutefois, l'appellant connaissait les conditions de l'accord entre M & L et la compagnie d'aviation intimée, puisqu'il a signé le contrat. L'appellant savait en outre que les fonds en fiducie étaient déposés dans le compte en banque général, qui était assujéti au prêt à demande de la banque. Cela équivaut donc à la connaissance de fait de la violation d'une obligation fiduciaire. C'est-à-dire que, même si l'appellant pourrait soutenir qu'il n'avait

the facts of which he did have subjective knowledge, he was wilfully blind to the breach, or reckless in his failure to realize that there was a breach. Furthermore, the appellant received a benefit from the breach of trust, in that his personal liability to the Bank on the operating line of credit was extinguished. Therefore, he knowingly and directly participated in the breach of trust, and is personally liable to the respondent airline for that breach.

#### V. Disposition

For the foregoing reasons, I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with Justice Iacobucci that the relationship between the corporation and Air Canada was one of trust, not debtor and creditor. I also agree with his proposed disposition of the appeal. In my view, whatever view one adopts on the difficult issues discussed by my colleague, the appellant is clearly liable as a constructive trustee for the breach of trust which the corporation committed respecting Air Canada's account.

There is no debate on the first requirement for imposition of personal liability on a stranger to a trust: knowing participation in the breach. The next question is whether the required knowledge is subjective knowledge (i.e., actual knowledge of the breach or wilful blindness and recklessness) or objectively determined knowledge (what a reasonably diligent person would have known). Courts have divided on this issue. The courts in England require subjective knowledge. However, certain appellate courts in Canada have suggested that a subjectively determined standard of knowledge is not appropriate in the trust context, even for a stranger to the trust, and that where a stranger should reasonably have known that the trust was

pas la connaissance subjective de la violation d'une obligation fiduciaire, étant donné les faits dont il avait la connaissance subjective, il a fait preuve d'ignorance volontaire de la violation, ou d'insouciance en ne se rendant pas compte de la violation. Par surcroît, l'appelant a tiré avantage de la violation d'une obligation fiduciaire, en ce sens que son engagement personnel envers la banque à l'égard de la marge de crédit d'exploitation a été éteint. Par conséquent, il a sciemment et directement participé à la violation d'une obligation fiduciaire et est personnellement responsable envers la compagnie d'aviation intimée de cette violation.

#### V. Dispositif

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Tout comme le juge Iacobucci, j'estime qu'il existait un rapport de fiduciaire entre la société et Air Canada et non un rapport de débiteur et créancier. Je souscris également à la manière dont il tranche le présent pourvoi. À mon avis, quelle que soit la position que l'on adopte à l'égard des questions difficiles qu'analyse mon collègue, l'appelant est clairement responsable à titre de fiduciaire par interprétation de la violation d'une obligation fiduciaire que la société a commise relativement au compte d'Air Canada.

La première exigence en matière d'attribution d'une responsabilité personnelle à un tiers en matière de fiducie — la participation en connaissance de cause à la violation — ne suscite pas de débat. La question suivante est de savoir si la connaissance requise doit être subjective (c.-à-d. une connaissance de fait de la violation ou l'ignorance volontaire et l'insouciance) ou déterminée de façon objective (ce qu'une personne raisonnablement diligente aurait dû savoir). Les tribunaux sont divisés sur cette question. En Angleterre, les tribunaux exigent la connaissance subjective. Toutefois, certaines cours d'appel au Canada ont dit qu'une norme de connaissance déterminée de façon subjective ne convient pas dans le contexte de la fidu-

being breached by his or her actions, there may be circumstances where liability is appropriate. See *MacDonald v. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110 (Sask. C.A.), at p. 123; *Henry Electric Ltd. v. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481 (B.C.C.A.), at p. 485. In this case, as my colleague points out, the evidence meets the higher English standard of subjective knowledge, given that the appellant was wilfully blind. Accordingly, it is not necessary to decide whether in some cases, an objective test might suffice. That is a difficult and important question which I would prefer to leave to a case in which it squarely arises.

The second issue is the nature of the breach which can give rise to liability. Must it be fraudulent and dishonest, or does any breach suffice? Again, the authorities are divided; as Iacobucci J. discusses, a number of Canadian courts do not adopt the dominant English view that the breach must be fraudulent and dishonest: *Horsman Bros. Holdings Ltd. v. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. v. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Andrea Schmidt Construction Ltd. v. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567 (H.C.). Again, it is not necessary to resolve the issue in this case, since here the breach was fraudulent and dishonest in the sense discussed by my colleague of involving a risk to the property to the prejudice of the beneficiary. Given the importance and difficulty of the question, I would prefer to leave it to a case where it squarely arises.

A final matter is the effect, if any, of the fact that the appellant benefitted personally from the breach. In some Canadian cases, this has been cited as a circumstance in favour of imposing liability on the stranger to the trust: see *Scott v. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67; *Henry Electric Ltd.*, *supra*, and *Andrea Schmidt Construction Ltd.*, *supra*. My colleague cites it as relevant to estab-

cie, même pour un tiers à la fiducie, et que, lorsqu'un tiers aurait raisonnablement dû savoir qu'il y avait violation d'une obligation fiduciaire en raison de ses actions, il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles la responsabilité s'applique. Voir *MacDonald c. Hauer* (1976), 72 D.L.R. (3d) 110 (C.A. Sask.), à la p. 123; *Henry Electric Ltd. c. Farwell* (1986), 29 D.L.R. (4th) 481 (C.A.C.-B.), à la p. 485. En l'espèce, comme le souligne mon collègue, la preuve satisfait à la norme anglaise plus élevée de la connaissance subjective, étant donné l'ignorance volontaire de l'appelant. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de décider si dans certains cas un critère objectif pourrait suffire. Il s'agit d'une question difficile et importante et je préfère qu'elle soit examinée dans une affaire où elle aura été directement soulevée.

La deuxième question porte sur la nature de la violation qui peut entraîner la responsabilité. Doit-elle être frauduleuse et malhonnête ou toute violation suffit-elle? Encore une fois, la doctrine et la jurisprudence sont divisées; comme le mentionne le juge Iacobucci, un certain nombre de tribunaux canadiens n'adoptent pas la position anglaise dominante que la violation doit être frauduleuse et malhonnête: *Horsman Bros. Holdings Ltd. c. Panton & Panton*, [1976] 3 W.W.R. 745; *Trilec Installations Ltd. c. Bastion Construction Ltd.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 766; *Andrea Schmidt Construction Ltd. c. Glatt* (1979), 25 O.R. (2d) 567 (H.C.). De même, il n'est pas nécessaire de trancher la question en l'espèce car la violation y était frauduleuse et malhonnête dans le sens mentionné par mon collègue, savoir qu'il y avait un risque pour les biens au détriment du bénéficiaire. Compte tenu de l'importance et de la difficulté de la question, je préfère qu'elle soit examinée dans une affaire où elle aura été directement soulevée.

Enfin, il reste la question de l'effet, le cas échéant, de l'avantage personnel que tire l'appellant de la violation. Dans certains arrêts canadiens, cela a été mentionné comme un élément favorisant l'attribution de la responsabilité à un tiers à la fiducie: voir *Scott c. Riehl* (1958), 15 D.L.R. (2d) 67; *Henry Electric Ltd.* et *Andrea Schmidt Construction Ltd.*, précités. Mon collègue dit que cette

lishing actual knowledge of the breach, and refers to it as a factor in his conclusion that the appellant is liable. Given that this factor is present in this case, it is not necessary to decide whether liability could be imposed in the absence of personal benefit. My colleague, I hasten to add, does not himself venture on this question.

While I agree with Iacobucci J. that on the facts here, liability is clearly made out, I would prefer to leave consideration of the questions to which I have referred to future cases in which they directly arise.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Guy L. Poppe, Toronto.*

question est pertinente pour établir la connaissance de fait de la violation et la mentionne comme un facteur dans sa conclusion que l'appelant est responsable. Étant donné que ce facteur est présent en l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si la responsabilité pourrait être attribuée en l'absence d'avantage personnel. Je m'empresse d'ajouter que mon collègue n'aborde pas cette question.

Bien que je convienne avec le juge Iacobucci que, d'après les faits de l'espèce, la responsabilité soit clairement établie, je préfère que les questions que j'ai mentionnées soient examinées dans des affaires où elles auront été directement soulevées.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Guy L. Poppe, Toronto.*

# INDEX

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Unlawful act manslaughter — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter must be “read up” to require foreseeability of death — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).

R. v. CREIGHTON, 3.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition “in a careless manner” — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).

R. v. FINLAY, 103.

3. Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Failure to provide necessaries — Accused convicted of failing to provide necessaries of life to infant son — Whether objective standard of conduct applicable — Whether objective standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

R. v. NAGLIK, 122.

4. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter searches of accused’s property without a warrant — Narcotic Control Act authorizing warrantless searches of places other than dwelling-houses — Whether provision violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

R. v. GRANT, 223.

5. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter searches of accused’s property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter searches — Warrantless perimeter searches violating accused’s right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. GRANT, 223.

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

6. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search of accused’s property without a warrant — Whether warrantless perimeter search violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

R. v. WILEY, 263.

7. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting perimeter search of accused’s property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused’s right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. WILEY, 263.

8. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search without a warrant and checking computerized records of electrical utility — Whether warrantless perimeter search or check of computerized electrical records violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

R. v. PLANT, 281.

9. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting search of perimeter of accused’s property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused’s right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. PLANT, 281.

10. Distribution of legislative powers — Works for general advantage of Canada — Works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy declared to be works for the general advantage of Canada — Validity and effect of declaration — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(c),



**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

92A(1)(c) — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, preamble, s. 18.

ONTARIO HYDRO V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 327.

11. Distribution of legislative powers — Peace, order and good government — Atomic energy — Whether federal labour relations legislation applicable to employees working at provincial nuclear electrical generating stations — Constitution Act, 1867, s. 91 — Atomic Energy Control Act, R.S.C., 1985, c. A-16, s. 18.

ONTARIO HYDRO V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 327.

12. Distribution of powers — Abortion — Provincial legislation prohibiting abortions outside hospitals — Whether legislation ultra vires province as being in pith and substance criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

R. V. MORGENTALER, 463.

13. Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

RODRIGUEZ V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 519.

14. Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of physical disability — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

RODRIGUEZ V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 519.

15. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

RODRIGUEZ V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 519.

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

16. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. B. (J.G.), 643.

17. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test without a warrant — Whether conduct of police violated accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

R. V. DERSCH, 768.

18. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Police obtaining results of blood alcohol test in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. DERSCH, 768.

19. Charter of Rights — Application — Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent — Whether physicians acting as agents of government — Whether Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

R. V. DERSCH, 768.

**CRIMINAL LAW**

1. Unlawful act manslaughter — Mens rea — Accused injecting cocaine into deceased, who died as a result — Injection constituting trafficking under Narcotic Control Act — Accused convicted of manslaughter — Common law definition of unlawful act manslaughter requiring foreseeability of bodily injury — Whether common law manslaughter contravenes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).

R. V. CREIGHTON, 3.

2. Unlawful act manslaughter — Predicate offence — Mens rea — Police officer who shot and killed suspect charged with unlawful act manslaughter — Officer's careless use of firearm contrary to s. 86(2) of Criminal Code constituting predicate offence — Whether trial judge erred in stating proper test for determining carelessness — Whether Court of Appeal correct in overturning acquittal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 86(2), 222(5)(a), 686(4)(b)(i).

R. V. GOSSET, 76.

## CRIMINAL LAW—Continued

3. Mens rea — Criminal Code prohibiting storing of firearms or ammunition “in a careless manner” — Whether offence satisfies minimum fault requirements under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 86(2).

R. V. FINLAY, 103.

4. Failure to provide necessities — Mens rea — Accused convicted of failing to provide necessities of life to infant son — Whether objective standard of conduct applicable — Whether objective standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

R. V. NAGLIK, 122.

5. Trial — Charge to jury — Jury asking whether they had “to agree on guilty or not guilty” — Trial judge answering that they had to be “unanimous one way or the other” — Whether charge in error.

R. V. NAGLIK, 122.

6. Appeal — Procedure — Trial judge’s report to Court of Appeal — Jury convicting accused of sexual offence against young boy — Report to Court of Appeal submitted by trial judge on his own initiative indicating that had he been sitting alone he would not have convicted accused — Report taken into account by Court of Appeal in finding verdict unsafe — Whether report should have been considered by Court of Appeal — Whether verdict unsafe — Whether trial judge’s charge adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

R. V. E. (A.W.), 155.

7. Appeal — Procedure — Trial judge’s report to Court of Appeal — Scope of report — Circumstances in which Court of Appeal should request report from trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 682(1).

R. V. E. (A.W.), 155.

8. Sexual offence — Young complainant — Credibility — Charge to jury — Trial judge bringing to jury’s attention problems they should consider in assessing young complainant’s testimony — Accused convicted of sexual offence largely on basis of complainant’s testimony — Whether trial judge’s instructions to jury adequate — Whether trial judge properly exercised his discretion in excluding comment on the evidence from his charge.

R. V. E. (A.W.), 155.

9. Search warrant — Validity — Search warrant relating to investigation of offence under Narcotic Control Act issued pursuant to Criminal Code — Whether search warrant valid — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 12.

R. V. GRANT, 223.

## CRIMINAL LAW—Continued

10. Murder — First degree murder — Death caused while committing enumerated offence — Woman forcibly confined, sexually assaulted, mutilated and strangled — Accused preventing victim from struggling while companion strangled her — Whether or not guilty of first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5), am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)).

R. V. HARBOTTLE, 306.

11. Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Court of Appeal properly admitting fresh evidence — Due diligence to be applied in light of other relevant factors.

R. V. PRICE, 633.

12. Theft — Conversion — Accused taking possession of goods after making down payment — Accused knowing cheque for down payment would be dishonoured — Whether person obtaining goods through fraudulent means liable to conviction for theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322.

R. V. SMITH, 635.

13. Evidence — Character evidence — Weight to be given to evidence of good character of accused in sexual assault cases involving children — Trial judge entitled to find propensity value of character evidence as to morality diminished in such cases.

R. V. PROFIT, 637.

14. Appeals — Powers of court of appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. CÔTÉ, 639.

15. Practice — Stay of proceedings — Abuse of process — Stay of proceedings for abuse of process to be granted only in clearest of cases and when a violation of fundamental principles of justice underlying community’s sense of fair play and decency.

R. V. LEDUC, 641.

16. Fraud — Accused charged with defrauding bank “of a sum of money exceeding \$1,000” — Whether Crown had to prove deprivation of sum exceeding \$1,000 to establish fraud.

R. V. GAETZ, 645.

17. Search and seizure — Customs and excise — Foreign cultural property seized — Act (Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 1, s. 111) under which search effected constitutional and manner in which search conducted not unreasonable — Evidence admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. YORKE, 647.

**CRIMINAL LAW—Concluded**

18. Evidence — Trial judge appearing to draw adverse inference from accused's failure to call witnesses — Crown proving its case — Conviction upheld.

R. V. RUIZ, 649.

**EVIDENCE**

Admissibility — Hearsay — Admissions — Purchaser of getaway car used in robbery making certain statements to vendors — Statements indicating that purchaser was the accused — Whether statements hearsay — If so, whether statements admissible as admissions of the accused — Appropriate procedure to be followed in determining whether statements were made by accused — Whether trial judge erred in use of statements — If so, whether error resulted in substantial miscarriage of justice.

R. V. EVANS, 653.

**INCOME TAX**

Enforcement — Confidentiality — Evidence gained from Income Tax Act investigations protected unless required in proceedings relating to administration or enforcement of the Act — Taxpayer petitioned into bankruptcy by Revenue Canada — Trustee in bankruptcy seeking declaration that assets held by taxpayer's wife rightfully assets of bankrupt's estate — Testimony of Revenue Canada officials from income tax investigation admitted into evidence — Whether a civil action commenced by the trustee for a declaration that certain property belongs to the bankrupt's estate is a proceeding relating to the enforcement of the Income Tax Act — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 241(1)(a), (b), (c), (2)(a), (b), (3), (4)(c).

SLATTERY (TRUSTEE OF) V. SLATTERY, 430.

**LABOUR RELATIONS**

Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Board ordering employers to produce documents during investigation of union's application for amendment of certification — Whether Board's power to compel production of documents may be exercised only in context of formal hearing — Standard of review applicable to Board's order — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(a), 121.

CANADIAN PACIFIC AIR LINES LTD. V. CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSN., 724.

**PRACTICE**

1. Supreme Court of Canada — Abridging time — Notice abridged only in most extraordinary situations — Order abridging time refused.

NATIONAL PARTY OF CANADA V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 651.

2. Standing — Act defining holiday and restricting shopping on those defined holidays — Corporate Charter challenge alleging infringement of freedom of religion following convictions for breach of Act — Declaration sought that Act unconstitutional — Application stayed pending decision in similar case but brought on following finding of constitutionality — Constitutional questions querying whether freedom of religion infringed and, if so, whether infringement justified — Whether corporations had standing to seek declaration of unconstitutionality — Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1)(a), 2(2), 8(1), (2).

HY AND ZEL'S INC. V. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL); PAUL MAGDER FURS LTD. V. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 675.

**TORTS**

1. Duty of care — Negligent misrepresentation relied on to detriment of another — Tendering process — Contract awarded on basis of proposal to use certain engineering process — Loss incurred when permits required for process not granted and alternative process adopted by contractor — Specifications drafted by engineering firm not warning of need for permits or of possible difficulty in obtaining them — Whether duty of care to warn of the need for permits.

AUTO CONCRETE CURB LTD. V. SOUTH NATION RIVER CONSERVATION AUTHORITY, 201.

2. Negligence — Duty of care — Negligent misrepresentation — Engineering firm designing and stating specifications for road construction project — Construction firm bid based on engineers' work — Construction contract signed with province — Construction delays occurring because of faulty design and specifications — Whether respondent engineers owed duty of care to appellant.

EDGEWORTH CONSTRUCTION LTD. V. N. D. LEA & ASSOCIATES LTD., 206.

**TRUSTS**

Directors of closely held corporation — Business of corporation a travel agency — Agreement between travel agency and airline for ticket sales — Receipts less commission to be forwarded to airline — Notwithstanding separate trust account for money from ticket sales, money placed in travel agency's general account — Business difficulties resulting in directors making independent and contradictory instructions to bank as to operating account —

**TRUSTS—Concluded**

Bank withdrawing amount owing it on line of credit to travel agency pursuant to terms of credit agreement — Airline suing directors personally for monies owing it — Whether relationship between travel agency and airline one of trust or of debtor and creditor — If trust relationship, whether directors personally liable for breach of trust by corporation.

AIR CANADA v. M & L TRAVEL LTD., 787.



# INDEX

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law doit-il être considéré comme exigeant la prévisibilité de la mort? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).

R. C. CREIGHTON, 3.

2. Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).

R. C. FINLAY, 103.

3. Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence — Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence — Convient-il d'appliquer une norme objective de conduite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.

R. C. NAGLIK, 122.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La Loi sur les stupéfiants autorise les perquisitions sans mandat sauf dans les maisons d'habitation — La disposition viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

R. C. GRANT, 223.

5. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisitions périphériques sans mandat effectuées par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors des perquisitions périphériques — Perquisitions périphériques sans mandat portant

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. GRANT, 223.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — La perquisition violait-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

R. C. WILEY, 263.

7. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. WILEY, 263.

8. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat et vérification des dossiers informatisés d'un service d'électricité effectuées par la police — La perquisition périphérique sans mandat et la vérification des dossiers informatisés relatifs à la consommation d'électricité violaient-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

R. C. PLANT, 281.

9. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. PLANT, 281.

10. Partage des compétences législatives — Ouvrages à l'avantage général du Canada — Sont déclarés à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique — Validité et effet de la déclaration — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)c), 92A(1)c) — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, préambule, art. 18.

ONTARIO HYDRO C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 327.

11. Partage des compétences législatives — Paix, ordre et bon gouvernement — Énergie atomique — La loi fédérale en matière de relations de travail s'applique-t-elle aux employés qui travaillent dans des centrales nucléaires provinciales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, art. 18.

ONTARIO HYDRO C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 327.

12. Partage des pouvoirs — Avortement — Textes législatifs provinciaux interdisant les avortements en dehors des hôpitaux — Les textes législatifs échappent-ils à la compétence de la province parce que ressortissant, de par leur caractère véritable, au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

R. C. MORGENTALER, 463.

13. Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

RODRIGUEZ C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 519.

14. Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur la déficience physique — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

RODRIGUEZ C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 519.

15. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

RODRIGUEZ C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 519.

16. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. B. (J.G.), 643.

17. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention sans mandat par la police des résultats de l'alcootest — La conduite des policiers a-t-elle violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

R. C. DERSCH, 768.

18. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Obtention par la police des résultats de l'alcootest contrairement au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. DERSCH, 768.

19. Charte des droits — Application — Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé — Les médecins sont-ils des mandataires du gouvernement? — La Charte s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

R. C. DERSCH, 768.

**DROIT CRIMINEL**

1. Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Mens rea — Accusé ayant injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la définition de common law, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable prévu par la common law enfreint-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).

R. C. CREIGHTON, 3.

2. Homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Infraction sous-jacente — Mens rea — Policier ayant tiré sur un suspect et l'ayant tué, accusé d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal — Utilisation d'une arme à feu d'une manière négligente en contravention de l'art. 86(2) du Code criminel constituant l'infraction sous-jacente — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en établissant le critère applicable pour déterminer ce en quoi consiste la négligence? — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler l'acquittement? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2), 222(5)a), 686(4)b)(i).

R. C. GOSSET, 76.

3. Mens rea — Le Code criminel interdit l'entreposage d'armes à feu ou de munitions «d'une manière négligente» — L'infraction satisfait-elle à l'exigence minimale en matière de faute aux termes de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 86(2).

R. C. FINLAY, 103.

4. Manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence — Mens rea — Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence — Convient-il d'appliquer une norme objective de conduite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.

R. C. NAGLIK, 122.

5. Procès — Directives au jury — Le jury a demandé s'il devait s'entendre «sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité» — Le juge du procès a répondu que les jurés devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre» — Cette directive était-elle erronée?

R. C. NAGLIK, 122.

6. Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable par un jury d'avoir commis une infraction d'ordre sexuel contre un jeune garçon — Juge du procès indiquant dans son rapport à la Cour d'appel que, s'il avait siégé seul, il n'aurait pas déclaré l'accusé coupable — Rapport soumis par le juge du procès de sa propre initiative — Cour

**DROIT CRIMINEL—Suite**

d'appel tenant compte du rapport pour conclure que le verdict est imprudent — Le rapport aurait-il dû être pris en considération par la Cour d'appel? — Le verdict était-il imprudent? — L'exposé du juge du procès était-il adéquat? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

R. C. E. (A.W.), 155.

7. Appel — Procédure — Rapport du juge du procès à la Cour d'appel — Portée du rapport — Circonstances dans lesquelles la Cour d'appel devrait demander un rapport au juge du procès — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 682(1).

R. C. E. (A.W.), 155.

8. Infraction d'ordre sexuel — Jeune plaignant — Crédibilité — Exposé au jury — Juge du procès attirant l'attention du jury sur les difficultés dont il devrait tenir compte pour apprécier le témoignage du jeune plaignant — Accusé déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel principalement sur la foi du témoignage du plaignant — Les directives du juge du procès au jury étaient-elles adéquates? — Le juge du procès a-t-il bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant de son exposé tout commentaire sur la preuve?

R. C. E. (A.W.), 155.

9. Mandat de perquisition — Validité — Mandat de perquisition se rapportant à une enquête effectuée relativement à une infraction à la Loi sur les stupéfiants, décerné conformément au Code criminel — Le mandat de perquisition était-il valide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 12.

R. C. GRANT, 223.

10. Meurtre — Meurtre au premier degré — Mort causée pendant la perpétration d'une infraction énumérée — Femme séquestrée, agressée sexuellement, mutilée et étranglée — L'accusé a empêché la victime de résister pendant que son compagnon l'étranglait — Est-il coupable de meurtre au premier degré? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5), mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 231(5)).

R. C. HARBOTTLE, 306.

11. Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Nouvelle preuve admise à bon droit par la Cour d'appel — Diligence raisonnable applicable en fonction des autres facteurs pertinents.

R. C. PRICE, 633.

12. Vol — Détournement — Accusé ayant pris possession de biens après un versement initial — L'accusé savait que le chèque du versement initial ne serait pas accepté — La personne qui obtient des biens par des moyens frauduleux est-elle susceptible



**DROIT CRIMINEL—Fin**

d'être reconnue coupable de vol — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322.

R. C. SMITH, 635.

13. Preuve — Preuve de moralité — Poids à accorder à la preuve de bonne moralité de l'accusé dans des affaires d'agressions sexuelles mettant en cause des enfants — Le juge du procès a le droit de conclure que la valeur de la preuve de moralité pour ce qui est de la propension est diminuée dans de tels cas.

R. C. PROFIT, 637.

14. Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. CÔTÉ, 639.

15. Pratique — Arrêt des procédures — Abus de procédure — Un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ne doit être accordé que dans les cas les plus clairs et lorsqu'il y a violation des principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence.

R. C. LEDUC, 641.

16. Fraude — Accusé inculpé d'avoir frustré une banque «d'une somme d'argent supérieure à 1 000 \$» — Le ministère public devait-il prouver qu'il y a eu privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ pour établir l'existence d'une fraude?

R. C. GAETZ, 645.

17. Fouilles, perquisitions et saisies — Douanes et accise — Saisie de biens culturels étrangers — Constitutionnalité de la loi (Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 111) en vertu de laquelle la perquisition a été effectuée et caractère raisonnable de la manière dont cette perquisition a été effectuée — Preuve admissible — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. YORKE, 647.

18. Preuve — Juge du procès semblant tirer une inférence défavorable du fait que l'accusé n'a fait témoigner personne — Ministère public ayant prouvé ses prétentions — Déclaration de culpabilité maintenue.

R. C. RUIZ, 649.

**FIDUCIES**

Administrateurs d'une société à peu d'actionnaires — La société exploite une agence de voyages — Convention entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation pour la vente de billets — Les recettes moins les commissions devaient être remises

**FIDUCIES—Fin**

à la compagnie d'aviation — Nonobstant les comptes en fiducie distincts pour l'argent provenant de la vente des billets, l'argent était déposé dans le compte général de l'agence de voyages — Des difficultés commerciales amènent des administrateurs à donner des instructions divergentes à la banque relativement au compte d'affaires — La banque a retiré les montants qui lui étaient dus sur la marge de crédit de l'agence de voyages aux termes de la convention de crédit — La compagnie d'aviation poursuit les administrateurs personnellement pour les montants qui lui sont dus — Le rapport établi entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation constituait-il une fiducie ou une obligation liant un débiteur et un créancier? — S'il s'agit d'une fiducie, les administrateurs sont-ils responsables personnellement pour la violation de l'obligation fiduciaire par la société?

AIR CANADA C. M & L TRAVEL LTD., 787.

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Exécution — Confidentialité — La preuve obtenue dans le cadre d'enquêtes menées en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu ne peut être communiquée à moins d'être requise dans des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de cette loi — Revenu Canada a demandé la mise en faillite du contribuable — Le syndic de faillite a sollicité un jugement déclarant que certains biens détenus par l'épouse du contribuable failli faisaient en réalité partie de l'actif de ce dernier — Admission en preuve des témoignages de fonctionnaires de Revenu Canada qui avaient participé à l'enquête fiscale — Une action civile intentée par le syndic en vue d'obtenir un jugement déclarant que certains biens font partie de l'actif du failli constitue-t-elle une poursuite ayant trait à l'exécution de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 241(1)a, b, c), (2)a, b), (3), (4)c).

SLATTERY (SYNDIC DE) C. SLATTERY, 430.

**PRATIQUE**

1. Cour suprême du Canada — Abrégement du délai — Avis abrégé seulement dans les circonstances les plus exceptionnelles — Ordonnance abrégant le délai refusée.

PARTI NATIONAL DU CANADA C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 651.

2. Qualité pour agir — Loi définissant les jours fériés et limitant le magasinage pendant ces jours fériés — Contestation fondée sur la Charte dans laquelle des personnes morales allèguent qu'une atteinte à la liberté de religion résulte de déclarations de culpabilité pour violation de la Loi — Requête visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle — Requête suspendue en attendant qu'une décision soit rendue dans une affaire semblable, puis déposée à la suite d'une constatation de constitutionnalité

**PRACTIQUE—Fin**

— Questions constitutionnelles visant à déterminer s'il y a eu atteinte à la liberté de religion et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée — Les personnes morales ont-elles qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité? — Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453, art. 1(1), 2(2), 8(1), (2).

HY AND ZEL'S INC. C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL); PAUL MAGDER FURS LTD. C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 675.

**PREUVE**

Admissibilité — Ouf-dire — Aveux — L'acheteur de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait fait certaines déclarations aux vendeurs — Déclarations indiquant que l'acheteur était l'accusé — Ces déclarations sont-elles du oui-dire? — Dans l'affirmative, ces déclarations sont-elles admissibles comme aveux de l'accusé? — Procédure à suivre pour déterminer si des déclarations ont été faites par l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en utilisant les déclarations? — Dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné une erreur judiciaire grave?

R. C. EVANS, 653.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Le Conseil a ordonné à des employeurs de produire des documents au cours d'une enquête sur une demande de modification d'accréditation présentée par un syndicat — Le pouvoir du Conseil d'exiger la production de documents peut-il être exercé uniquement dans le cadre d'une audience formelle? — Norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Conseil — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 118a), 121.

LIGNES AÉRIENNES CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. ASSOC. CANADIENNE DES PILOTES DE LIGNES AÉRIENNES, 724.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

1. Obligation de diligence — Déclaration inexacte faite par négligence à laquelle une personne s'est fiée à son détriment — Appel d'offres — Adjudication de contrat fondée sur une proposition de recourir à une certaine méthode conçue par des ingénieurs — Perte découlant du refus d'accorder les permis nécessaires pour utiliser cette méthode et de l'adoption d'une autre méthode par l'entrepreneur — Cahier des charges préparé par le cabinet d'ingénieurs ne mentionnant pas la nécessité d'obtenir des permis ni la possibilité qu'ils soient difficiles à obtenir — Y a-t-il une obligation de diligence d'avertir de la nécessité d'obtenir des permis?

AUTO CONCRETE CURB LTD. C. SOCIÉTÉ D'AMÉNAGEMENT DE LA RIVIÈRE NATION-SUD, 201.

2. Négligence — Obligation de diligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Conception et établissement par un cabinet d'ingénieurs de plans et devis pour un projet de construction de route — Soumission de l'entrepreneur basée sur les travaux des ingénieurs — Contrat de construction signé avec la province — Retards dans la construction dus à des erreurs dans les plans et devis — Les ingénieurs intimés avaient-ils une obligation de diligence envers l'appelante?

EDGEWORTH CONSTRUCTION LTD. C. N. D. LEA & ASSOCIATES LTD., 206.



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

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